

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS



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

(SIETE PARTIDAS: PARTIDA 1a., TITULO 1o., LEY XIII).

"Summa itaque ope; et alacri studio has leges nostras accipite".
(Prooemium Institutionum D. Justiniani)

TOMO LI	Bogotá, junio de 1941	NUMERO 1970
---------	-----------------------	-------------

FILIACION NATURAL DEL DOCTOR GUILLERMO JOHNSON Es.
"LA PLUMA DE ORO"

DEBATE JURIDICO SOBRE LA SENTENCIA DE LA CORTE, VERIFICADO EN EL AULA MAXIMA DE LA FACULTAD NACIONAL DE DERECHO, EL 26 DE ABRIL DE 1941

Bogotá, abril 22 de 1941.

Señor doctor don Julián Motta Salas, Relator de la Corte Suprema.

E. S. D.

Atendiendo la insinuación que se digna hacerme usted en la atenta nota de fecha 17 del presente, en la cual me solicita que envíe a la Relatoría de la Corte Suprema un resumen escrito de la exposición que hice en el Aula Máxima de la Facultad Nacional de Derecho, en defensa de la sentencia de casación dictada el año pasado, sobre filiación natural, me permito condensar por separado los puntos que fueron materia de la discusión.

Agradezco a usted vivamente el ofrecimiento de publicar dicho resumen como

editorial de la *Gaceta Judicial*, junto con la disertación jurídica de mi ilustrado contenedor doctor Eduardo Zuleta Angel.

Con sentimientos de la más distinguida consideración me suscribo como su muy atento y seguro servidor.

HERNAN COPETE

Haciéndome un triple honor el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional, me invitó a exponer las razones que fundamentan el fallo de casación que vengo defendiendo, siendo impugnador de la sentencia el doctor Eduardo Zuleta Angel, distinguido y prestigioso profesor de dicha Facultad. Em-

pecé por manifestar que el fallo en referencia se defiende por sí solo por la pureza de su doctrina, por su irrefragable sujeción a la ley, porque se conforma con nuestras tradiciones y sentimientos jurídicos y porque se ajusta a la fórmula inviolable de la justicia, que es la realización del Derecho. Agregué que mi tarea no era difícil porque las razones que sustentan la tesis de la Corte se encuentran contenidas en el fallo, irrefragables e irrefragables, y porque para hacer su defensa no hace falta adentrarse en el laberinto de las legislaciones extranjeras, que si muy interesantes y valederas para otra clase de trabajos, son indiferentes para el fin de saber si la doctrina de la Corte se funda o no en nuestro Derecho nacional y si el criterio que la guió en su interpretación está o no acorde con la racionalidad y armonía de su total contenido. Me referí luego al sistema de la libre interpretación científica de la ley que preconiza el Profesor Francois Geny, citado por el doctor Zuleta Angel en su disertación, y según el cual "la regla de derecho no puede considerarse como un precepto definitivo, cristalizado para siempre, y de consecuencias inmutables", para observar que su aplicación y aceptación requieren que se hayan producido fenómenos sociales que rompan la armonía que debe reinar entre el estado social y el Derecho positivo que regula sus manifestaciones, y entonces sí, sin contradecir el espíritu de la ley, puede el intérprete darles a las reglas de derecho la flexibilidad necesaria para adaptarlas a las nuevas necesidades vitales que el legislador no pudo prever en su tiempo; pero que cuando como en el presente caso se trata de aplicar una ley que acaba de dictarse, la interpretación justa, equitativa y científica tiene que conformarse con el contenido auténtico de sus nor-

mas, de acuerdo en un todo con la intención legislativa, que es o puede ser distinta de la intención recóndita de los autores del proyecto de la ley, o en otros términos, que la labor de adaptación de los textos a las nuevas condiciones de la vida sólo se justifica cuando se observa una desarmonía entre la norma vetusta y el estado social que el legislador no contempló en el momento de expedirla. Agregué que la organización jurídica de un pueblo obedece a un proceso sociológico de causas diversas y profundas: En la lenta formación de todo sistema jurídico intervienen los elementos raciales, históricos, políticos, sociales, geográficos y climáticos que afectan al elemento humano que va a ser regido por sus normas. Nuestro pueblo, resultado de la mezcla de varias razas, presenta la desconcertante variedad de tipos que es propia de la pausada fusión de distintos elementos raciales, acentuada por la influencia que ejerce la extraordinaria diversidad de climas, de formaciones geológicas, de presiones atmosféricas, etc., que ofrecen las zonas tropicales. El legislador inteligente e ilustrado tendrá siempre presentes todos estos factores esenciales al expedir las normas legislativas que han de regir a un pueblo que se diferencia tan fundamentalmente de pueblos de modalidades espirituales definidas por la influencia de otras zonas. Lo saludable para unos puede resultar inconveniente para otros. El conjunto de todo Derecho positivo racional y científico tiene que ser un reflejo de la nacionalidad, porque de lo contrario no se hace obra estable y democrática. Entre múltiples ejemplos atañaderos a la historia legislativa de nuestro país podría citarse el matrimonio civil que como precepto general obligatorio se introdujo por la Ley 15 de 1853, obedeciendo a las tendencias irreligiosas que caracte-

rizaron esa época, sin que la norma legislativa lograra hacerle perder al matrimonio católico con la validez legal su prestigio en la conciencia pública, porque el texto pugnaba con las creencias católicas del país, y con otros elementos de su constitución interna, que pudieran calificarse de aficiones éticas y estéticas, y de ahí que un simple acto civil no logre satisfacer y emocionar en asunto de tanta trascendencia social a estos espíritus nacidos para el sentimiento. Otra disposición vino a herir en esta materia los sentimientos democráticos del pueblo colombiano: la del artículo 34 de la Ley 30 de 1888, según la cual el matrimonio contraído conforme al rito católico anulaba "ipso jure" el matrimonio civil celebrado antes por los contrayentes con otra persona. Esta disposición se derogó atendiendo un clamor general. Esa es nuestra realidad sociológica, ante la cual no puede cerrar los ojos del espíritu un legislador consciente de su misión y de su responsabilidad. La actual legislación sobre el particular sí ha realizado la indispensable armonía entre el Derecho escrito y las exigencias de la opinión general, respetando al mismo tiempo la libertad de conciencia y el Derecho Público moderno, al admitir el matrimonio católico para los católicos y el civil para los nacionales y extranjeros que no profesen la religión católica. Así se refleja en el Derecho el sentimiento nacional en su más elevada excelencia. El amor libre, el de las especies de ínfima organización, no recibirá jamás la aprobación de una sociedad culta y cristiana, y el legislador y el intérprete de sus disposiciones no pueden prescindir del medio ni de las necesidades de su pueblo, entendiéndolo por necesidades no sólo las exigencias materiales sino también las del corazón y del espíritu. Al estudiar la Ley 45

de 1936 se observa que el legislador atendió y tuvo en cuenta al expedirla los factores esenciales de la sociedad para la cual legislaba. Por eso quedó sometida la adquisición del estado civil de hijo natural a las exigencias del artículo 1º, relacionadas con el resto de la ley, y por eso también rechazó la fórmula con que empezaba la redacción del artículo 4º del proyecto: "La paternidad natural se presume."

El eminente jurista y profesor doctor Eduardo Zuleta Angel sostuvo que los artículos 401 a 404 del Código Civil, incorporados en la Ley 45 de 1936, consagran la teoría del legítimo contradictor, sin el alcance que les da el fallo de casación tan combatido, porque cuando el artículo 403 estatuye que siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad, se refiere sólo al caso de que el padre viva, porque si éste ha muerto, los herederos que lo representan de acuerdo con las disposiciones todas del libro 3º del Código Civil, pueden ser demandados por quien pretende la declaración judicial de hijo natural del causante, con la única diferencia de que el fallo sólo tiene entonces efectos relativos por no haberse surtido el juicio con el contradictor legítimo que define el Código.

Este argumento lo tengo ya rebatido; pero para que se vea aún más la inconsistencia y contradicción del argumento del doctor Zuleta Angel, recordemos aquí, dije, las disposiciones aplicables del Derecho Colombiano y lo que mi sabio maestro doctor Antonio José Cadavid decía, refiriéndose a la labor interpretativa del Derecho positivo nacional: "No es posible dar con la verdad en la interpretación de las leyes, si el intérprete olvida que éstas cons-

tituyen un cuerpo, un organismo cuyas partes no pueden considerarse desligadas las unas de las otras y en el cual ha de hallarse la indispensable condición de la armonía”.

El artículo 401 del Código Civil establece:

“El fallo judicial que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo, no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos, relativamente a los efectos que dicha legitimidad acarrea.

“La misma regla deberá aplicarse al fallo que declara ser verdadera o falsa una maternidad que se impugna”.

Este artículo, que se extiende hoy a la filiación natural, consagra, como se ve, no la teoría del legítimo contradictor, sino los efectos absolutos o erga omnes de los fallos sobre filiación, porque, a su tenor, valen respecto de todos, hayan intervenido o no en el juicio.

El artículo 402 se expresa así:

“Para que los fallos de que se trata en el artículo precedente produzcan los efectos que en él se designan, es necesario:

“1°—Que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada.

“2°—Que se hayan pronunciado contra legítimo contradictor.

“3°—Que no haya habido colusión en el juicio”.

Crean algunos, siguiendo un comentario superficial de don Fernando Vélez, que él da asidero para sostener la tesis inadmisibile de que cuando no concurren las circunstancias en él previstas el fallo sobre filiación no produce efectos absolutos sino simplemente relativos, es decir, que sólo valen respecto de las personas que han sido partes en la controversia judicial.

El respetable expositor colombiano don Fernando Vélez, que ha sido el orientador de nuestros jueces,

apoyándose en los comentaristas chilenos señores Borja y Vera, dice:

“La diferencia en el asunto consiste en que cuando el juicio de filiación es entre legítimos contradictores, el fallo que se dicta es obligatorio contra todos, mientras que en los demás casos el fallo sólo surte sus efectos respecto de los que litigan.... Lo esencial del sistema sobre la cosa juzgada en materia de filiación legítima y maternidad está comprendida en las siguientes reglas que forman un todo inseparable: 1) La sentencia expedida en los juicios sobre filiación legítima y maternidad surten efecto contra todos; 2) Para que surta esos efectos es necesario que concurren los siguientes requisitos: a) Que haya pasado en autoridad de cosa juzgada; b) Que se haya pronunciado contra legítimo contradictor; c) Que no haya habido colusión en el juicio.... Cuando cualquiera de estas reglas no se aplique, la sentencia no pasa en autoridad de cosa juzgada sino entre las partes”. (Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, tomo II, página 225, edición de 1926).

Según esto, por ejemplo, cuando en el juicio ha habido colusión, o sea un pacto en daño de tercero, el fallo no tiene efectos absolutos pero sí los tiene relativos. Es decir que se admite que el legislador autoriza por medio del artículo 402 el falso testimonio para acreditar una falsa filiación, o el cohecho y el prevaricato para obtenerla, con la única sanción de darle a la sentencia un efecto meramente relativo. ¿Cómo es posible aceptar sin análisis este contrasentido jurídico?

Como los citados comentaristas no desentrañaron a primera vista el contenido de la disposición que se estudia, como no la entendieron, como no se tomaron el trabajo de investigar su verdadero alcance y como no querían seguramente pasar por

encima de ella, dada su tarea de comentaristas del Código, echaron mano, ellos sí, de la teoría transaccional francesa del legítimo contradictor y salieron del paso con la enormidad que escribieron, sin darse cuenta de que ese comentario absurdo rompía la armonía de la obra legislativa que explicaban.

Es de observarse que ni los autores chilenos modernos, señores Arturo Alessandri Rodríguez y Alfredo Barros Errázuriz, ni los comentaristas del Código colombiano, señores Edmond Champeau y Antonio José Uribe, acogen lo que afirmaron los antiguos expositores chilenos en que se inspiró el señor Vélez en Colombia.

El profesor Alessandri Rodríguez, refiriéndose a la indivisibilidad del estado civil, dice simplemente:

“No se puede ser hijo legítimo con respecto a unos, e ilegítimo para otros; ni soltero para unos y casado para otros. De ahí por qué el estado civil puede oponerse a todo el mundo, y de ahí también por qué los fallos sobre el estado civil afectan aun a las personas que no han litigado, como tuvimos ocasión de verlo al tratar de las diferencias entre la ley y la sentencia judicial.” (Derecho Civil, tomo II, página 231, edición de 1936). Pareciéndole quizá incomprendible el artículo 316 del Código chileno, igual al 402 del nuestro, que analizaré adelante, se abstiene de comentarlo con sabia prudencia.

El señor Barros Errázuriz, refiriéndose a los artículos 316 y 317, que corresponden a los artículos 402 y 403 del Código colombiano, sin profundizar su contenido, expone con acierto lo siguiente:

“Con estas disposiciones la ley ha querido que el fallo pronunciado sobre estas materias reúna las garantías necesarias, las cuales, por lo tocante a las personas que deben intervenir en el juicio, se llenan cuan-

do en la cuestión de paternidad son contradictores el padre y el hijo y en la cuestión de maternidad el hijo y la madre”. (Curso de Derecho Civil, tomo I, página 219, edición de 1930).

Los expositores colombianos Champeau y Uribe, comentando el artículo 402, se limitan a reproducir la definición que de cosa juzgada daba el artículo 827 del Código Judicial vigente en 1899, para explicar el numeral 1º; con relación al segundo transcriben el artículo 403, que define el contradictor legítimo, y por lo que respecta al 3º, dan la definición de colusión de un modo incompleto, al decir que es “el acuerdo fraudulento entre las partes que figuran en un litigio, con el fin de obtener un fallo injusto y falso”. Siendo la colusión cualquier pacto en daño de tercero, el acuerdo fraudulento puede hacerse con el fin indicado no sólo entre las partes, sino también entre una de éstas y los testigos que declaran, o entre uno de los litigantes y el juez, siendo tercero en ese caso la parte contra quien se celebra el pacto.

Como se ve, el artículo 402 ha sido un quebradero de cabeza. En el capítulo en que refuto el salvamento de voto del ilustre Magistrado doctor Salamanca dije que lo dispuesto en ese artículo exterioriza el celo que el legislador quiso extremar en materia tan delicada y compleja como es la relativa a la declaración de una filiación. Analizaré ahora los tres requisitos del artículo:

1º Que los fallos hayan pasado en autoridad de cosa juzgada.

Si no relacionamos este numeral con otros textos legales, esa condición carece de sentido, que lo tiene muy hondo si se medita que el legislador exige que en el juicio en que se ventile la filiación de una perso-

na debe intervenir precisamente el verdadero padre, o la verdadera madre, o el verdadero hijo, no simplemente el que se diga serlo, o a quien se le atribuya ese carácter, sin tener en realidad tal calidad, y quiere también significar, en relación con una conocida disposición procesal (art. 525 del C. J.), que los fallos sobre filiación no pueden ejecutarse provisionalmente.

Una sentencia judicial ha pasado en autoridad de cosa juzgada cuando "se considera como la verdad misma"; cuando contra ella no se admite recurso alguno, y de ahí que sea nulo cualquier fallo posterior que le sea contrario. Pero como la cosa juzgada no es más que una ficción de Derecho procesal, una presunción legal que puede no estar conforme con la verdad, el señor Bello tuvo que continuar aclarando y desarrollando su propósito en las disposiciones posteriores que vienen a fijar todo el alcance de su pensamiento, de permanente actualidad, y que pudiera resumirse así: Para que los fallos sobre filiación constituyan la verdad misma se requiere que el juicio respectivo se haya seguido con absoluta sujeción a la ley entre los verdaderos padres e hijos. En esta materia, a pesar de cualquier fallo equivocado, toda suplantación es vana y no impide que con posterioridad se pueda restablecer la verdad. Quiso que en asunto tan delicado y trascendente no primara jamás la ficción sobre la verdad absoluta de una filiación cierta y positiva. Los juristas colombianos que formaron la Comisión Revisora del Código Judicial que entró a regir el 1° de enero de 1932 se dieron cabal cuenta de la significación de los textos del Código Civil cuando, apartándose del Código de procedimiento civil español que tomaron como modelo, redactaron el artículo 475, que dice: "Los efectos de la cosa juzgada respecto

de las sentencias dictadas en juicio en que se ventilen cuestiones relativas al estado civil de las personas, se producen en los términos señalados en el Código Civil", explicando en la exposición de motivos que se refieren a los "artículos 401 a 406, concernientes a los fallos judiciales sobre filiación legítima y maternidad disputada".

2° Que se hayan pronunciado contra legítimo contradictor.

Reafirmase en éste el principio que empieza a desenvolverse en el anterior numeral para aparecer vigorosamente definido en el artículo siguiente de que el legítimo contradictor no es cualquiera persona que con tal carácter figure en el debate judicial, sino los verdaderos padre, madre o hijo. Lo que quiere decir que cuando por un error judicial se declara a una persona hija de otra que en realidad no es el verdadero padre o madre, el fallo no puede tener efecto alguno porque no pasa en autoridad de cosa juzgada, fenómeno que, tratándose de esta clase de juicios, sólo se verifica cuando han intervenido los auténticos progenitores del hijo que litiga. Tan cierto es esto, que el artículo 406 del mismo Código Civil preceptúa que "ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce".

3° Que no haya habido colusión en el juicio.

Este requisito es todavía más expresivo de la preocupación legislativa por rodear de garantías externas la declaración judicial de paternidad, porque él además de referirse a

la posible suplantación del estado civil de filiación, sanciona cualquier procedimiento doloso y se relaciona con los artículos 405 y 406, que establecen la diferencia en cuanto al término para probar la colusión: Para los terceros el plazo es de cinco años, a partir de la sentencia, conforme al artículo 405, en tanto que para el contradictor legítimo el término es indefinido, al tenor del artículo 406 antes transcrito.

Cuando se trata de una obra legislativa tan profundamente meditada como el Código Civil y cuando ella ha sido preparada por una inteligencia poderosa y por una inmensa ilustración jurídica como la de don Andrés Bello, no es prudente excusar la falta de comprensión de un texto con la afirmación escueta de que es "empírica", o de que carece de sentido. Lo indicado es investigar, o someterse, si es preciso, al dolor que produce el pensar intenso, para desentrañar la verdadera significación de un texto complicado.

No sería necesaria la explicación precedente sobre el artículo 402, que no fue incorporado en la Ley 45 de 1936, lo que permitiría descartar el error de interpretación de ese texto legal en el caso de la filiación natural, error de don Fernando Vélez y de quienes lo siguen en ese punto, si no se hubiese aludido a ese superficial comentario en uno de los salvamentos de voto en la sentencia de casación de 26 de abril de 1940 y si los jueces de Bogotá no estuviesen desorientando en él su criterio para hacer la arbitraria distinción de los efectos de los fallos entre absolutos y relativos según que hayan intervenido o no los contradictores legítimos, sin parar mientes en que ese mismo inaceptable comentario en que se apoyan los llevaría a concluir que la sentencia tendría efecto relativo cuando ha habido colusión en el

juicio. Esta sola consideración habría podido conducir como de la mano a los jueces al descubrimiento del error del comentarista, al convencimiento de que éste y los autores chilenos en que se fundó nuestro ilustre compatriota, no acertaron a indagar las razones en que se funda el artículo comentado. Lo de la colusión es suficientemente expresivo para descubrir que la interpretación que le dieron al artículo 402 no consulta ni el sentido común, ese tacto admirable de que hablaba Cicerón y que frecuentemente ilumina aun a las inteligencias menos reflexivas.

De lo expuesto se desprende que el artículo 402 no autoriza ni fundamenta la consecuencia de que la cuestión de paternidad pueda ventilarse en juicio contra los herederos del padre, cuando éste ha fallecido sin que la acción se haya iniciado contra él, teniendo en este caso efectos relativos el fallo, porque el alcance de ese precepto es uno muy distinto del que le dio don Fernando Vélez, y del que le dan sus seguidores.

El artículo 403 preceptúa:

"Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad el hijo contra la madre, o la madre contra el hijo.

"Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad".

El anterior precepto es de una claridad tan diáfana, que no permite restringir el alcance incondicionado que él tiene. Sobre el particular me remito al comentario que hago de de esta disposición en el capítulo en que refuto el salvamento de voto del Magistrado doctor Tapias Pilonieta; pero antes de entrar a demostrar la

contradicción del argumento de la representación, véase el texto de la disposición en que se funda:

“Artículo 1008— Se sucede a una persona difunta a título universal o a título singular. El título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de ellos como la mitad, tercio o quinto”.

Sostiene el doctor Eduardo Zuleta Angel que en virtud de esa representación los herederos del padre pueden ser demandados en el juicio sobre investigación de la paternidad natural y que el fallo que se dicte en tal caso sólo tiene efectos relativos y no los absolutos que indica el artículo 401, por no intervenir el contradictor legítimo.

En primer lugar observo que el doctor Zuleta Angel también se acoge para diferenciar los efectos de los fallos sobre filiación al comentario sin solidez que don Fernando Vélez hace del artículo 402, cuyo error me parece que queda demostrado, y en cuanto al argumento de la representación geneal de que habla el artículo 1008 del Código Civil, basta anotar que ella se refiere, como lo dice textualmente el precepto, a los derechos y obligaciones transmisibles, que son derechos y obligaciones patrimoniales. La obligación moral que tiene el verdadero padre de hacer el reconocimiento de un hijo natural, como personalísima que es, no es transmisible a los herederos por la simple aplicación de los principios generales sobre representación, porque si así fuese surgiría una contradicción jurídica, una afirmación y una negación que recíprocamente se destruyen, puesto que la representación es una ficción legal que permite imaginar que está presente con todos sus derechos y obligaciones la persona representa-

da, y entonces, si el representado es el padre, él, ante la ley, estaría interviniendo en el juicio, no estaría ausente el legítimo contradictor, y por consiguiente el fallo que definiese la controversia tendría siempre los efectos absolutos que el legislador quiso asignarles a las sentencias dictadas en los juicios sobre filiación, evitando así el resultado verdaderamente singular de que una persona pueda considerarse hija de dos padres. La contradicción de la tesis es manifiesta porque implica afirmar y negar al mismo tiempo que está presente en el juicio el contradictor legítimo: se afirma porque se dice que está representado, y se niega porque se le atribuye, con la interpretación errada del artículo 402 del Código, un efecto relativo a la sentencia por no haberse pronunciado contra legítimo contradictor.

Para que el fenómeno de la representación pueda verificarse en materia tan distinta de las contempladas en el Libro III del Código se requiere un texto expreso de la ley, y nuestro Código lo contiene para el único caso en que la admite. Es el artículo 404, el que dispone:

“Los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; y el fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de ellos, aprovecha o perjudica a los coherederos que, citados, no comparecieron”.

Con un argumento de leguleyo, que advierto no lo hace el doctor Zuleta Angel, porque él es ante todo un respetable jurista, se dice que morir antes de la sentencia es lo mismo que fallecer antes de iniciarse el juicio, como si el legislador no hubiese desarrollado un sistema armónico de principios para regular esta materia, como si el artículo 404 se pudiera desligar de la disposición que le precede, según la cual siempre que

en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad. Por eso he sostenido que el artículo 404 reafirma la intención legislativa de que la acción de investigación de la paternidad natural debe iniciarse en vida del padre y contra él.

En los países en que es posible promover la acción de que se trata después de muerta la persona a quien se le atribuya una paternidad natural, existen al lado de los textos formales que autorizan la investigación después del fallecimiento del pretense padre, las disposiciones que contienen las sanciones penales en que incurrirán quienes demandan temerariamente la declaración judicial de una falsa filiación natural, lo que constituye el delito especial de suplantación de estado, que en tal caso se castiga en el grado de la tentativa. En Francia las sanciones penales de prisión y de multa que se aplican a los demandantes de mala fe las puede imponer el mismo tribunal civil que conozca del juicio sobre filiación natural. Pretender aplicar en Colombia las disposiciones extranjeras que permiten la investigación de la paternidad natural después de muerto el supuesto padre, sin adoptar las medidas que tiendan a refrenar los posibles abusos, es querer hacer de nuestra legislación una obra taraceada y peligrosa para entregar a la sociedad indefensa en manos de la codicia sin fronteras. Además, debe tenerse en cuenta que la ley es una norma jurídicamente obligatoria precisamente porque emana del órgano del Poder Público que tiene la potestad de hacerla y de imponerla a los nacionales y extranjeros residentes en Colombia. Los mandatos de legisladores extranjeros no pueden invocarse para definir las cuestiones internas que se de-

ciden en nuestro país. Esa conciencia erguida de la soberanía nacional que impone a los jueces la obligación de aplicarles a las cuestiones colombianas las leyes de la República, en vez de las extranjeras no adoptadas por el Congreso Nacional, quedó grabada con caracteres luminosos en la famosa sentencia que sobre filiación natural profirió la Corte Suprema de Justicia el 26 de abril de 1940.

Respondiendo a varias preguntas que se me formularon, expuse:

1ª—“Si el fallo sobre filiación natural es constitutivo, ¿por qué tiene efectos retroactivos?”

Contesté: La sentencia que declara una filiación natural es constitutiva, pero no tiene efectos retroactivos, según nuestra legislación, porque nadie nace hijo natural respecto de su padre. Para adquirir ese estado civil se requiere el cumplimiento de alguno de los dos requisitos que establece el artículo 1º de la Ley 45 de 1936: reconocimiento voluntario del padre por alguno de los medios que estatuye taxativamente el artículo 2º, o declaración judicial de filiación, hecha conforme a lo dispuesto en la citada Ley. La sentencia, en el segundo caso, es, por consiguiente, el título constitutivo del estado civil de hijo natural. Esto no es afirmar que la persona declarada judicialmente como tal “nazca en la fecha del fallo”, o que “sea hija de él”, porque es elemental que la declaración de un juez no tiene la virtud de crear el vínculo de la procreación, pero sí constituye el título de un estado civil distinto del que tenía antes de la demanda el hijo simplemente ilegítimo. Con el fallo que lo declara hijo natural adquiere esa nueva categoría dentro de la sociedad. Después del debate se me ha observado que en el caso del artícu-

lo 404 del Código Civil, esto es, cuando el padre demandado ha fallecido antes de la sentencia, ésta sí tiene efecto retroactivo, para el fin de que el hijo natural recoja su cuota hereditaria. Esto lo relacionan con la disposición que dice que la herencia se defiere al heredero en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, sin tener en cuenta que si el llamamiento a la herencia es condicional, la delación no se verifica sino en el momento de cumplirse la condición (artículo 1013). En el caso del artículo 404, el que demanda a su verdadero padre en juicio de investigación de esa paternidad, falleciendo el demandado antes de la sentencia, la ley lo llama condicionalmente a heredar al padre en el preciso momento de su muerte, dejando en suspenso la delación de la herencia para cuando se cumpla la condición, que consiste en que le sea favorable el fallo definitivo con que termine el juicio. Y no se alegue con criterio casuístico que el texto se refiere a la sucesión testada, porque aquí sí es aceptable la labor de adaptación de esa norma para armonizarla con las nuevas disposiciones sobre vocación sucesoria de los hijos naturales.

2º—“¿No cree usted que la doctrina de la Corte le cierra la puerta a la acción de impugnación en materia de filiación natural?”

Contesté: La acción de impugnación no guarda paridad con la de investigación de la paternidad, y por eso son distintas las disposiciones que las reglamentan. La acción de investigación tiende a establecer la filiación de una persona respecto de

otra con el fin de fijar los derechos y obligaciones que de ese hecho se derivan para las partes litigantes. La acción de impugnación tiene, por el contrario, un aspecto moral acentuadamente diferente. En el caso de que un perverso, por ejemplo, se atribuya una paternidad que no le corresponda con el único fin de inferirle daño a la madre del hijo reconocido, a ésta le confiere la Ley 45 de 1936, en su artículo 9º, el derecho de impugnar ese reconocimiento, que por su misma falsedad es ofensivo, y esa infamia puede privarla a ella y a su hijo de los auxilios y derechos procedentes del verdadero padre. Esta acción sí puede ser dirigida contra los herederos del reconocedor, si éste ha fallecido, porque la ley concede un término distinto al fijado para la acción de investigación, plazo invariable de sesenta días que se cuentan desde el siguiente al en que se tuvo conocimiento del hecho. No se pierda de vista que en el caso de impugnación la acción se dirige contra quien se afirma no ser el padre, en tanto que en la acción contraria se promueve contra quien se afirma serlo. Es decir, que la acción de impugnación no se roza por ningún aspecto con la noción del legítimo contradictor. Por esta razón fundamental el Código Civil contiene disposiciones totalmente diferentes para uno y otro caso, y por eso no es posible confundir a la luz del Derecho, ni del sentido común, dos situaciones que se diferencian no sólo por los preceptos mismos que las regulan, sino también por las razones o motivos que los afianzan.

HERNAN COPETE

FILIACION NATURAL

RESUMEN DE LA EXPOSICION HECHA POR EL DR. EDUARDO ZULETA ANGEL EN EL AULA MAXIMA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL EL DIA 26 DE ABRIL DE 1941.

No es impropio, antes de entrar en materia, hacer una observación preliminar sobre lo que se ha llamado afrancesamiento del derecho colombiano, ya que, tanto del doctor Tapias Pilonieta, cuyo salvamento de voto voy a defender, como de mí, se ha dicho con alguna frecuencia que nos inspiramos demasiado en los autores franceses contemporáneos y que nuestra admiración por ellos y nuestro deseo de divulgar en Colombia sus doctrinas nos llevan hasta desentendernos de los textos de nuestro derecho positivo.

Hay que volver — se nos dice — al derecho propio, al derecho colombiano, al derecho autóctono, y se nos exhibe como conspiradores contra éste, como empeñados en un pugilato con quienes, inspirados en una concepción nacionalista del derecho, entienden que es inaplicable, peligroso, inadecuado y extravagante todo lo forastero.

Todos esos reparos a nuestra labor de divulgación científica y a nuestro empeño de orientar técnicamente la jurisprudencia colombiana aprovechando para ello las obras de los grandes expositores franceses contemporáneos, podrían tener algún fundamento si nuestro derecho fuera algo así como el resultado de una generación espontánea, si nuestro código nada tuviera que ver con el francés, si nosotros aplicáramos sistemáticamente y sin dis-

cernimiento todas las conclusiones de los autores franceses aun en las materias en que hay diferencias entre una y otra legislación y sobre todo si fuera cierto que en Colombia ha habido y hay un verdadero derecho autóctono, un verdadero derecho propio, un verdadero derecho nacional.

Pero es que ni nuestro código es un producto de generación espontánea, ni las diferencias entre él y el código de Napoleón son de tal naturaleza que resulte inutilizable entre nosotros la doctrina francesa, ni aquí ha habido en realidad nunca derecho propio, derecho autóctono.

Es bien sabido que el señor Bello tuvo constantemente a la vista, para la elaboración de su código, el llamado de Napoleón; que se inspiró intensamente en él y en el derecho español, que no es un derecho sustancialmente distinto del francés sino que tuvo los mismos orígenes de éste y recibió las mismas influencias, pues el derecho español, lo mismo que el francés, no es en el fondo otra cosa que el derecho romano vivificado por los canonistas de la edad media con las enseñanzas de la moral cristiana y adaptado por ellos a las exigencias espirituales, que los romanos no conocieron, impuestas por el cristianismo.

Es, por lo tanto, apenas natural y explicable que aun tratándose de aquellos textos de nuestro Código que no fueron tomados directamen-

te del francés sino que tienen su fuente inmediata en la legislación española, se utilice la doctrina francesa contemporánea — más científica, mejor presentada, más abundante que la española — no para aplicarla con un criterio empírico, venga o no venga a cuento, sea o no adaptable a nuestro derecho positivo en la especie que se contemple, sino para aprovecharla a modo de poderoso reflector sobre los artículos de nuestro código y con la ayuda de ella desentrañar el sentido verdadero y determinar el exacto alcance de aquéllos, en la seguridad de que aun en los casos en que el derecho positivo colombiano impone soluciones diferentes a las del derecho francés siempre habrán servido, como lo vamos a ver hoy mismo, las obras de Rippert, de Josserand, de Demogue, de Mazeaud, de Capitant, y de Beudant, para profundizar la cuestión que se estudia, con un criterio científico y en todo caso para sacarla del terreno de una exégesis más o menos empírica.

Para quienes no conocen uno y otro código a fondo, el aprovechamiento de la doctrina francesa puede presentar dificultades insalvables o peligros gravísimos. Pero para quienes, aparte toda modestia, nos preciamos de conocer bien, tanto el Código de Napoleón como el nuestro, el estudio de los autores franceses no tiene sino ventajas.

Por otra parte, en Colombia no hay ni ha habido tal derecho propio ni tal derecho autóctono. Lo que se califica de tal no es otra cosa que el derecho francés anticuado, el derecho francés de los exégetas del siglo XIX, un derecho francés de segunda mano, presentado a veces como si fuera original.

El detestable compendio de Mourlón fue el que sirvió, unas veces directamente, la mayor parte de las veces indirectamente, durante mu-

cho tiempo en el siglo pasado, de fuente de inspiración en nuestras cátedras de derecho. Más tarde se conoció el compendio de Baudry-Lacantinerie y desde entonces fue éste el que le sirvió de savia al derecho colombiano, con resultados detestables por cierto, que implicaron constantes y sistemáticas violaciones de textos trascendentales de nuestro derecho positivo, como los concernientes a las fuentes del derecho, a la causa de las obligaciones, a los vicios del consentimiento, a la responsabilidad civil extracontractual, etc., pues como Baudry-Lacantinerie partía de la base de que la ley era la única fuente de derecho positivo, aquí se hacía lo mismo, con violación del artículo 8° de la Ley 153 de 1887; como él se empeñaba en mantener la distinción entre la causa y los motivos, aquí hacíamos lo propio a pesar de que el artículo 1524 de nuestro Código dice que se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; como él no había hecho de la teoría de los vicios del consentimiento una aplicación de la teoría más amplia de los móviles del acto jurídico, aquí seguíamos ignorando ésta a pesar de que nuestro Código la presenta con caracteres deslumbradores en los artículos 1511, 1512 y 1524, y como él no disponía, para lo concerniente a la responsabilidad del hecho propio, de otro texto que el 1382 del Código de Napoleón, aquí obrábamos como si no tuviéramos sino el 2341 — que es el que corresponde al 1382 del Código francés—y sin parar mientes en que tenemos además el 2356 que complementa, de una manera interesantísima, el principio general de responsabilidad en los casos de culpa comprobada de la víctima.

La reacción contra la escuela exegetica, que culminó en Baudry-Lacantinerie, la inició entre nosotros el doctor Eduardo Rodríguez Piñe-

res, con su inconcluso tratado de Derecho Civil. Pero él ha sido el primero en proclamar y reconocer que esa obra es una adaptación al derecho colombiano — adaptación magnífica por cierto, en mi sentir— del compendio de Planiol.

Ni hay que olvidar que, en lo general, a los que fueron nuestros maestros, los formó y orientó en la Facultad de Derecho el doctor Edmund Champeau.

No hay por consiguiente tal lucha ni tal pugilato entre una escuela francesa o afrancesada del derecho y una escuela colombiana, nacionalista, autóctona. La lucha se libra entre los que pretendemos aprovechar el derecho francés contemporáneo, representado por Demogue, Ripert, Capitant, Josserand, Beudant, Bonnecase, Juliot de la Morandiere, Voirin, Lerebours-Pigeonniere, y los que se empeñan en seguir aprovechando, muchas veces sin darse cuenta de lo que están haciendo, el derecho francés de Mourlon o de Baudry-Lacantinerie.

Es apenas natural que, convencido como estoy, por las razones que acabo de exponer, de la necesidad de aprovechar la doctrina francesa, en la mayor parte de los casos, para profundizar debidamente las cuestiones de nuestro derecho positivo y sacarlas del terreno de una exégesis rudimentaria, comience —para glosar la reciente sentencia en que la Corte sostiene que no se puede iniciar un juicio de investigación de paternidad después de la muerte del presunto padre— por exponer el estado actual de la doctrina francesa al respecto.

En el magnífico y muy autorizado "Curso de Derecho Civil francés" de Beudant y Lerebours - Pigeonniere, que es el más moderno de los tratados de derecho civil francés, como que apenas comenzó a publicar-

se en 1936 y no está aún concluido, se lee lo siguiente, a este propósito:

"No parece dudoso que la acción de investigación de la paternidad pueda ser ejercida a pesar de la muerte del pretendido padre. La ley, sin duda, nada dijo, pero la aplicación pura y simple del derecho común para ser descartada necesitaría un texto especial.... Por lo demás, no se encuentra ni un autor, ni una decisión judicial que admitan la extinción de la acción por la muerte del padre. La dificultad consiste entonces en saber cuál debe ser el demandado después de la muerte del padre.

"Esta es una cuestión de las más delicadas y que se ha complicado por no haber sido generalmente enfocada sino desde un ángulo muy estrecho. De hecho las personas contra las cuales se dirige más frecuentemente la acción después de la muerte del pretendido padre son los herederos de éste. No hay en ello sino algo muy natural puesto que uno de los efectos más inmediatos del establecimiento de la filiación será el de autorizar al demandante para reclamar una parte de la sucesión de su autor. Y no se ha dudado ni un instante de que la acción pueda ser válidamente ejercida contra los herederos del pretendido padre.

"Pero en donde aparece el error es cuando de esta simple constatación de hecho de que es frecuentemente contra los herederos contra quienes se intenta la acción, se quieren sacar consecuencias jurídicas. De ahí la idea que, más o menos velada, se abre camino entre algunos autores y en ciertas decisiones judiciales, a saber: que si los herederos tienen que defender la acción de investigación de la paternidad es porque son los continuadores de la persona del difunto y tienen la carga de sus obligaciones. De ahí igualmente la tendencia que se tiene a li-

mitar el número de las categorías de personas que deben defender la acción, tendencia íntimamente ligada a la idea que acabamos de enunciar. De ahí igualmente la cuestión, tan mal propuesta, y que ha sido discutida seriamente por ciertas decisiones judiciales de saber si los herederos renunciantes pueden ellos también ser demandados en la acción de investigación.

“Sin embargo, esta última cuestión no nos podrá poner sobre el camino de la solución del problema?

“No es evidente que los herederos renunciantes, de quienes se presume, según el artículo 785 que no han sido jamás herederos, no pueden ser perseguidos en calidad de herederos? Una sola decisión judicial sin embargo ha sostenido la inadmisibilidad de la acción dirigida contra ellos. Las otras pasan sobre este obstáculo y admiten el ejercicio de la acción contra los herederos renunciantes. No es ésta la prueba de que ellas toman en realidad a esos individuos en una calidad distinta de la de los herederos?

“Y esta prueba no llega a ser impresionante cuando se ve que el ejercicio de la acción contra esas personas se justifica con consideraciones como ésta: “que si el reconocimiento de la paternidad natural interesa al patrimonio de la familia, interesa también en el más alto grado su honor y su dignidad; que un tal reconocimiento confiere al hijo el derecho de llevar el nombre del padre; que los herederos, aun los renunciantes, tienen un interés moral cierto en disputarle a un extraño el uso y la posesión de ese nombre: que ellos tienen también el derecho y el deber de defender la memoria del difunto, que puede ser siempre afectada con una acción de investigación de paternidad; que ellos son, por consiguiente, los contradictores

natos de una demanda de esta clase”.

“Reserva hecha del último de los motivos que acabamos de reproducir, supongamos que el sucesor más próximo haya sido desheredado por el pretendido padre: este sucesor no ha sido jamás heredero, ni aún renunciante. Y sin embargo todos los motivos que acabamos de reproducir son tan válidos para él como para el heredero renunciante.

“Es que en el fondo esos motivos toman al demandado no en calidad de heredero o de sucesor del pretendido padre, sino en calidad de pariente, de miembro de la familia de aquél.

“Y hé aquí hecha la prueba de que, para la jurisprudencia, si la acción de investigación de la paternidad puede ser, en un interés pecuniario, dirigida contra un heredero, ella también puede ser dirigida contra un miembro de la familia en razón del interés moral que éste tiene para defender.

“... Para que la acción pueda ser intentada después de la muerte del padre se necesita: 1º que el hijo tenga un derecho para hacer valer (es el interés que puede justificar su acción) contra el demandado, 2º que el demandado tenga un interés por lo menos moral en controvertir ese derecho.....

“En el fondo, la solución de la cuestión nos parece pues que no puede ser otra que la siguiente: **LOS POSTULADOS DEL PROBLEMA SON DOBLES. POR UNA PARTE, EL HIJO POSEE, A PESAR DE LA MUERTE DE SU PADRE, UNA ACCION JUDICIAL. POR OTRA PARTE LA LEY NO DETERMINA LAS PERSONAS CONTRA LAS CUALES PUEDE EJERCER ESA ACCION. NOS PARECE QUE LA CONSECUENCIA INELUDIBLE DE ESTA SITUACION ES LA DE QUE EL PUEDE EJER-**

CER SU ACCION CONTRA TODA PERSONA CON RESPECTO A LA CUAL TENGA UN INTERES EN HACER LA PRUEBA DE SU FILIACION, SOBRE LA BASE DE QUE ESTE INTERES ES EL QUE SE REQUIERE EN TODA HIPOTESIS PARA EL EJERCICIO DE UNA ACCION JUDICIAL”.

Es aplicable o inaplicable esta doctrina en el derecho positivo colombiano?

Y en caso afirmativo, mediante qué adaptaciones, limitaciones o restricciones?

Cuáles son las diferencias, en los textos, que puedan imponer en el derecho positivo colombiano una solución que no sea exactamente igual a la que, dentro del derecho positivo francés, se reconoce como muy bien fundada?

La Corte Suprema en su aludida sentencia estima que es total, completa y absolutamente inaceptable en el derecho colombiano esta doctrina francesa por el hecho de existir en nuestro Código los artículos 401 a 404 que no se encuentran en el Código de Napoleón y cuyo tenor es el siguiente:

“401. — El fallo judicial que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo, no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos, relativamente a los efectos que dicha legitimidad acarrea. La misma regla deberá aplicarse al fallo que declara ser verdadera o falsa una maternidad que se impugna.

“402. — Para que los fallos de que se trata en el artículo precedente produzcan los efectos que en él se designan, es necesario:

“1°—que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada.

“2°—que se hayan pronunciado contra legítimo contradictor.

“3°—que no haya habido colusión en el juicio, C. J.

“403. — Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre y en la cuestión de maternidad el hijo contra la madre o la madre contra el hijo. Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad.

“404. — Los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; y el fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de ellos, aprovecha o perjudica los coherederos que citados no comparecieron”.

Como el artículo 7° de la Ley 45 de 1936 dispuso que son aplicables a las controversias sobre filiación natural los arts. 401, 403 y 404 del Código Civil, es claro, concluye la Corte, que “la Ley 45 sí señaló de manera tácita o implícita la muerte del padre natural como causa de extinción de la acción”.

Para la Corte los artículos 401 y siguientes del Código Civil significan que los juicios de “filiación, para que prosperen, siempre han de seguirse contra el legítimo contradictor, so pena de nulidad, y los fallos siempre producirán efectos erga omnes”. Y, como el artículo 403 dice que “legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo o el hijo contra el padre” no se puede promover la acción de investigación de la paternidad después de muerto éste, porque falta en el juicio el legítimo contradictor y faltando éste no puede prosperar la acción.

Pero, es fundada esta argumentación de la Corte? No implica ella acaso una errónea interpretación de los mencionados textos del Código Civil?

Para cualquiera que conozca la teoría del legítimo contradictor en su enunciación definitiva, en sus

orígenes, y en su desarrollo, resulta claro y obvio que el señor Bello en los artículos 401, 402, 403, inciso primero, y 404, no hizo ni pretendió otra cosa que consagrar legislativamente en la forma en que ella era entonces presentada por la doctrina, la teoría del legítimo contradictor.

Pero es el caso que la teoría del legítimo contradictor nunca tuvo el alcance ni el sentido que la Corte les asigna a los artículos 401 y siguientes del Código Civil.

Jamás se pretendió, con la teoría del legítimo contradictor hacer imposible la iniciación de un litigio sobre filiación cuando faltara el legítimo contradictor o quitarle al fallo sobre filiación el efecto normal de toda sentencia, en ese caso.

La teoría del legítimo contradictor se redujo a esto: por excepción a las reglas generales sobre relatividad de la cosa juzgada, los fallos sobre filiación deben producir efectos erga omnes cuando se han pronunciado contra legítimo contradictor. Cuando no se han pronunciado contra legítimo contradictor, no producen efectos erga omnes pero sí producen los efectos comunes y corrientes de todo fallo judicial: los efectos entre las partes litigantes. De suerte que los artículos 401, 402, 403 (inciso primero) y 404, no hacen otra cosa que consagrar la teoría del legítimo contradictor así entendida, y esta es cosa que no puede remitirse a duda. Basta leer dichos textos sin prejuicios, para ver que sólo se trata de consagrar en ellos la regla de que cuando hay legítimo contradictor los fallos sobre filiación producen efectos erga omnes, pero sin que dejen de producir los efectos relativos de toda sentencia judicial cuando no ha habido legítimo contradictor.

Dos consideraciones fundamentales pueden hacerse en apoyo de esa

afirmación: a) Lo que dice el artículo 402 es que se necesita legítimo contradictor "para que los fallos de que se trata en el artículo precedente produzcan los efectos que en él se designan", es decir, efectos erga omnes. No dice ese texto, como parece entenderlo la Corte, que se necesita legítimo contradictor para que tales fallos produzcan efectos o para que produzcan los efectos normales de toda sentencia, sino para que produzcan los efectos de que habla el artículo 401; b) Es absurdo pensar que el señor Bello no conoció la teoría del legítimo contradictor, con este nombre. Y en consecuencia, es claro que el empleo que él hace en los artículos 402, 403 y 404 del término "legítimo contradictor", que ya tenía en la ciencia jurídica un sentido conocido y perfectamente determinado, está indicando que él no pretendió sino consagrar la teoría conocida con este nombre.

Es claro, por lo tanto, que de los artículos 401, 402, 403 (inciso primero) y 404, no se puede sacar la conclusión que saca la Corte. De esos textos se puede sacar la conclusión de que cuando no interviene el padre en el juicio, el fallo sólo produce efectos relativos de acuerdo con las reglas generales. Nada más.

Pero queda por analizar el inciso 2º del artículo 403. En mi sentir, y en esto sí me aparto un poco de la doctrina magistralmente expuesta por mi distinguido amigo el doctor Tapias Pilonieta en su salvamento de voto, este inciso 2º del artículo 403, sobrepasa la teoría del legítimo contradictor: contiene una regla jurídica autónoma, independiente de dicha teoría, que no puede presentarse como simple aplicación o desarrollo de ésta.

"Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo, dice ese texto, deberá el

padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad”.

Como ese artículo es aplicable, por expreso mandato del séptimo de la Ley 45 a la paternidad natural, y como evidentemente lo que en él se establece no es el efecto relativo de la sentencia correspondiente sino la nulidad del juicio si el padre no ha intervenido, es claro que respecto de él no puede decirse lo que se dijo de los otros textos y que se requiere, con respecto a éste, averiguar en qué forma, de qué manera y en qué medida limita, restringe o modifica, en el derecho positivo colombiano, la conclusión que, a la luz de los principios generales y sin la existencia de un texto de excepción como el inciso 2º del artículo 403, presenta la doctrina francesa en el sentido de que después de la muerte del padre el hijo puede promover el juicio de investigación de la paternidad, no solamente contra los herederos sino también contra cualquier persona con respecto a la cual tenga el hijo interés jurídico en acreditar su estado civil.

Situada la cuestión en este terreno, que es en donde debe situarse,— el de averiguar, mediante una recta interpretación del inciso 2º del artículo 403 hasta qué punto y en qué medida modifica dicho texto, para los juicios sobre filiación natural, el principio general de derecho procesal, de que se puede promover una acción contra todo aquel con respecto al cual haya interés jurídico por parte del actor en obtener determinada declaración o condena — se presentan estas tres tesis opuestas con respecto a dicho inciso 2º del artículo 403:

Primera — Por virtud de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 403, en vida del padre sólo se puede dirigir contra él o con su intervención la acción de investigación

de paternidad, y muerto el padre, la acción hay que dirigirla contra los herederos de éste que lo representan en todo, de acuerdo con el principio general y básico en que se inspira todo el libro tercero del Código Civil cuyas disposiciones no son otra cosa que una aplicación y reglamentación de ese principio general.

En consecuencia, en el derecho colombiano, — y ésta es la única diferencia con el derecho francés a este respecto — muerto el padre, no se puede promover la acción de investigación de la paternidad contra cualquier persona con respecto a la cual tenga el hijo interés jurídico en acreditar su estado civil, sino que hay que dirigirla necesariamente contra los herederos, que son los que pueden ocupar en el proceso el puesto que en vida necesariamente debía ocupar el padre.

Segunda—Por virtud de lo dispuesto en el artículo 403, inciso tercero, no se puede promover la acción de investigación de la paternidad después de muerto el padre, ni siquiera contra los herederos de éste, porque dicho artículo estatuye que siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad deberá el padre intervenir forzosamente, y es claro que después de muerto no puede intervenir.

Tercera—El inciso segundo del artículo 403, no modifica en nada los principios generales según los cuales se puede intentar una acción contra todo aquel con respecto al cual haya interés en establecer un derecho y por consiguiente en Colombia es aplicable en toda su integridad la doctrina francesa sin restricciones ni limitaciones.

La primera tesis es la que yo sostengo. La segunda es la de la Corte. La tercera es la que ha sostenido brillantemente en su tesis de gra-

do mi distinguido discípulo Hernando Devis Echandía.

Mi tesis se funda en una consideración tan sencilla como concluyente:

El libro III del Código Civil no es otra cosa, en su mayor parte, que una serie de aplicaciones, desarrollos, y reglamentaciones de un principio superior y general en que todo aquél se inspira, sin el cual la mayor parte de sus disposiciones no se explicarían y que desde luego no necesitaba ser repetido a cada paso en los otros tres libros del Código, pues era más que suficiente que en el libro tercero se consagrara y reglamentara de una vez por todas para que fuera necesariamente tenido en cuenta cuando quiera que en los otros libros se tratara de los bienes y derechos y de las obligaciones y cargas de una persona.

Ese principio superior y general es el de la transmisión hereditaria y se enuncia así:

Siendo los sucesores a título universal continuadores de la persona del de cuius aquéllos sustituyen completamente a éste tanto desde el punto de vista pasivo como del punto de vista activo, de suerte que todos los derechos, bienes, obligaciones y cargas del de cuius pasan en principio a sus sucesores, pues la sucesión no es sino una transmisión de todos los bienes y cargas, salvo de aquellos que por disposición de la ley o por la convención se extingan con la muerte del de cuius.

Siendo ese el principio fundamental en materia de sucesiones, el código no necesitaba decir, a cada paso, que lo que se expresa del acreedor o del deudor debe entenderse también de sus herederos; que lo que se dice del propietario es aplicable también a sus herederos; que lo que se dice del comprador o del vendedor es también aplicable a sus herederos, etc.

Con solo recordar ese principio se ve claro el contenido del inciso 2° del artículo 403 y se comprende que él no limita la aplicación de los principios generales expuestos por la doctrina francesa sobre la investigación de la paternidad después de muerto el padre sino en cuanto en el derecho colombiano, acaecido el fallecimiento del padre, la acción no puede intentarse sino contra sus herederos y no contra cualquier persona con respecto a la cual haya interés jurídico por parte del hijo en acreditar su estado civil.

Cuando el inciso 2° del artículo 403 habla del padre, debe entenderse que lo dicho allí se aplica también a los herederos porque no hay nada que autorice en la legislación para establecer, a propósito de ese texto, una excepción a la enunciada regla de la transmisión hereditaria. "Después de la muerte del padre, dicen Planiol y Ripert, tomo II, número 921, la acción puede ser intentada contra sus herederos; no haciendo el texto ninguna reserva sobre este punto, se debe aplicar el derecho común. Se dijo, es verdad, en el curso de los trabajos preparatorios, que la acción era personal en lo concerniente al demandado y que por lo tanto no podía ser intentada después de su muerte. Pero esta opinión debe considerarse como propia de su autor, porque ella fue contradicha por varios de los oradores en el curso de los debates en el Senado. Hay unanimidad entre los comentadores de la ley para decidir que la acción puede ser ejercida contra los herederos después de la muerte del padre. La misma solución es aceptada por las decisiones judiciales que han estatuido hasta el presente sobre este punto".

Pero como por otra parte es evidente que la muerte del padre, por sí misma, tampoco puede cambiar ni mejorar la situación procesal del hi-

jo y permitirle intentar la acción contra todas las personas con respecto a las cuales tenga el hijo interés en hacer la prueba de su filiación, ya que en vida del padre solo contra el padre se puede promover el juicio, resulta claro en mi sentir, lo siguiente:

Si en la legislación colombiana no existiera el inciso segundo del artículo 403 se aplicaría el principio del derecho francés según el cual muerto el padre el hijo puede ejercer su acción contra toda persona con respecto a la cual tenga un interés en hacer la prueba de su filiación, sobre la base de que ese interés es el que se requiere en toda hipótesis para el ejercicio de una acción judicial.

Existiendo en la legislación colombiana el inciso segundo del artículo 403, es claro que, en vida del padre éste debe intervenir forzosamente en el juicio, y, muerto el padre, sus herederos deben intervenir forzosamente en el juicio de acuerdo con las reglas de la transmisión hereditaria, pero todo sobre la base naturalmente de que la muerte del padre tampoco mejora la condición del hijo en el sentido de permitirle ejercer su acción contra personas distintas de sus herederos y sin intervención de estos ya que contra esas personas tampoco habría podido entablar la acción en vida del padre.

Todo se reduce pues, a una elemental aplicación del principio de la transmisión hereditaria según el cual debe aplicarse a los herederos lo que dice el texto respecto del padre y a una fácil constatación de que, por expresa excepción a las reglas generales sobre el interés jurídico en la acción, excepción empíricamente establecida por el señor Bello, no se puede, ni en vida del padre ni muerto éste, promover la acción contra toda persona con respec-

to a la cual tenga el hijo interés jurídico en hacer la prueba de su filiación.

Para llegar a la conclusión extrema, opuesta a la de la Corte, de que el inciso 2º del artículo 403 no es óbice para que, muerto el padre, se pueda intentar la acción contra cualquier persona con respecto a la cual tenga el hijo interés en establecer su filiación, aduce Devis Echandía el contenido de los artículos 219, 220, 222, 234, 247, 406, 407 del Código Civil, 20 de la Ley 57 de 1887, y 58 de la Ley 153 de 1887, pero en mi sentir, dicho contenido no prueba nada contra mi tesis: en esos textos puede haber y hay evidentemente excepciones a la regla contenida en el inciso segundo del art. 403. Pero esas excepciones nada tienen que ver con el juicio de investigación de la paternidad. En otros términos: la cuestión en mi sentir se plantea así: en todos los juicios que se refieran a la paternidad, deberá intervenir forzosamente el padre, si vive, y si éste ha muerto, sus herederos, salvo las excepciones establecidas en los mencionados artículos 219, 220, 222, etcétera.

Finalmente, es claro que del artículo 404 no puede sacarse ningún argumento contra mi tesis. Dicho artículo puesto en relación con el 404 y el 402, no es otra cosa que una parte integrante de la teoría del legítimo contradictor, según el cual, como ya se vió, no se le pueden desconocer a las sentencias sobre filiación los efectos normales, comunes y corrientes de toda sentencia, por el hecho de que falte el legítimo contradictor. La falta de éste solo implica que las sentencias carezcan de efectos erga omnes. De suerte que cuando se dice que los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia solo se quiere dar a entender que ésta

siempre tendrá efectos erga omnes a pesar del fallecimiento del legítimo contradictor, pero en ningún caso, que los herederos dejen de representar al padre en el caso del inciso segundo del artículo 403 cuando contra éste último no se promovió el juicio de investigación de la paternidad. Mejor dicho, cuando el juicio se ha iniciado contra legítimo contradictor y éste muere, la sentencia dictada contra los herederos en repre-

sentación del contradictor legítimo produce los mismos efectos que si hubiera sido dictada contra éste último, sin que esto quiera decir que si la acción de investigación de paternidad no se inició contra el padre, no se pueda iniciar contra los herederos, en representación de aquél sobre la base de que entonces la sentencia puede no producir efectos erga omnes, pero sí los efectos normales de todo fallo judicial.

SALA PLENA

DECRETO ACUSADO NUMERO 1438 DE 18 DE JULIO DE 1940, "POR EL CUAL SE REFORMA LA LEY 23 DE 1931, ORGANICA DEL CONSEJO DE LA ECONOMIA NACIONAL Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES".

El Decreto Legislativo acusado emana de las facultades extraordinarias otorgadas al Organó Ejecutivo por la Ley 54 de 1939, la que a su vez fue expedida por el Congreso en ejercicio de la expresa atribución que a él le señala el numeral 9º del artículo 69 de la Constitución; no es, por tanto, inexecutable. Además, como el acusador ha dicho que el ordinal c) del artículo 1º de la Ley 54 de 1939 es muy vago e impreciso y por ello ha sostenido que no autoriza al Presidente de la República para expedir el decreto acusado, debió, por consiguiente, acusar esa ley, y en caso de prosperar su acusación, virtualmente habría caído el decreto también; pero no estando acusada la ley mal podría aseverarse que el decreto traspasa los límites señalados por el legislador a las facultades extraordinarias y en esas condiciones el cargo formulado por el demandante contra el decreto no puede prosperar.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—
Bogotá, veintiuno de abril de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Isaías Cepeda)

El señor Luis Vélez Marulanda, en su calidad de ciudadano colombiano y en ejercicio de la acción que concede el artículo 149 de la Constitución Nacional, pide que se declare inexecutable, por ser violatorio de algunos preceptos constitu-

cionales, el decreto de carácter extraordinario número 1438, del 18 de julio de 1940, "por el cual se reforma la Ley 23 de 1931, orgánica del Consejo de la Economía Nacional y se dictan otras disposiciones".

El demandante señala como textos constitucionales infringidos los artículos 16, 52, 53, 69 y 72, que tratan, en su orden, de que los funcionarios públicos son responsables por infracción de la Constitución o de las leyes, por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas; de cuáles son los órganos del Poder Público y de que ellos son limitados y tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado; de cómo están formados los órganos del Poder Público; de que corresponde al Congreso hacer las leyes; de cuáles atribuciones ejerce por medio de ellas, y de que las leyes pueden tener origen en cualquiera de las Cámaras.

Entre los fundamentos en que apoya su acusación el demandante trae los siguientes:

"La Ley 54 de 1939, en ocho ordinales taxativamente enumerados, señala al Ejecutivo, de acuerdo con el ordinal 9º del artículo 69 de nuestra Constitución, la órbita dentro de la cual puede ejercer sus facultades extraordinarias.

"De esos ocho ordinales hay siete que no dejan lugar a duda y guardan a cabalidad la precisión exigida por la Constitución, pero hay uno, el c) que le ha servido al Gobierno de caballo de Troya para mo-

dificar toda nuestra legislación, debido a su vaguedad e imprecisión.

“En efecto, dice tal ordinal:

“c) Fomento y defensa de las industrias, especialmente la del café y consecución de los recursos necesarios para tales fines.

“Lo anterior no comprende la facultad para establecer nuevos impuestos o para aumentar los existentes’.

“Dentro del significado genérico de los términos Fomento y defensa de las industrias puede incluirse toda la actividad económica de un Estado: la industria extractiva en sus innumerables ramas; la agrícola con todas sus incidencias; la del comercio, tan vasta y compleja; la de transportes, con sus modernas complicaciones, y las innumerables ramificaciones de las industrias transformadoras, que llenan un amplio margen de la economía nacional y juegan un papel primordial en la vida social.

“Decir, pues, fomento y defensa de las industrias e interpretar el concepto en la forma en que lo ha hecho el Ejecutivo, es someter a éste la regulación de toda nuestra estructura jurídica. Esto explica los 195 decretos dictados por aquél en uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 54 de 1939”.

Habla luego el demandante de que es necesario estudiar hasta dónde van las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República por la indicada Ley 54, y agrega:

“A la interpretación doctrinaria de tal ley contribuyo yo en la medida de mis capacidades con las siguientes razones: el móvil que indujo a nuestros legisladores a darle al Gobierno autorizaciones extraordinarias fue el de que conjurara, corrigiera o atenuara los efectos de la actual crisis mundial sobre la organización económica y fiscal del país, mediante las medidas concretadas en los ocho ordinales a que antes hice alusión. Es decir, la causa principal que se tuvo en cuenta fue la guerra con sus repercusiones nocivas para la industria del país.

“Ahora bien: hasta dónde llegan las repercusiones de la actual crisis mundial? Podrán seguirse hasta sus últimas incidencias económicas y sociales? Imposible. Es como calcular hasta qué partícula de la tierra llega el movimiento sísmico. Pueden localizarse aproximadamente las zonas afectadas, las extensiones removidas, pero no fijar un límite matemáticamente preciso. Así también en tratándose de una guerra pueden más o menos señalarse las industrias principales afectadas, pero es empeño inútil querer ver toda la trayectoria de sus efectos económicos, nocivos o favorables. A pesar de sus 195 decretos, el Gobierno no pudo, ni lo habría podido, contemplar todas las situaciones económicas afectadas. Cada industria tiene conexiones con muchas otras y entre todas se crean múltiples interdependencias hasta formar una red inextricable, una cadena casi infinita”.

Más adelante agrega el demandante:

“Otro aspecto que hay que contemplar es este: puede el Presidente de la República en uso de facultades extraordinarias derogar o modificar las leyes?”

Después de hacer algunas consideraciones al respecto, concluye:

“Concretándome, pues, al objeto de mi demanda, sostengo que el señor Presidente de la República no estaba autorizado, ni expresa ni tácitamente, para modificar la Ley 23 de 1931, que creó el Consejo de la Economía Nacional, y que, por consiguiente, invadió arbitrariamente la órbita constitucional”.

Corrido el traslado correspondiente al señor Procurador General de la Nación, ese alto funcionario lo contestó oponiéndose a la declaratoria de inexecutable solicitada.

Pertencen al concepto del señor Procurador los siguientes párrafos:

“Como toda ley de facultades extraordinarias, que desplaza la potestad normal y ordinaria de legislar del Congreso hacia el Organismo Ejecutivo, la Ley 54 de 1939 es un estatuto de emergencia, dictado en presencia de una situación de profun-

da perturbación universal en todos los órganos de la actividad humana y con especiales y directas repercusiones en los sistemas económicos y financieros de los diversos estados de la tierra. El artículo 1º de la Ley 54 es por sí solo un compendio explícito y cabal de la razón de ser de la medida extraordinaria y de su alcance cuando declara que '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'. Y la simple lectura de estos puntos convence de que el Organismo Legislativo autorizó al Presidente de la República para regular, reformar, complementar y modificar todo lo relacionado con la deuda pública, con el control de cambios, exportaciones e importaciones, con el crédito bancario, con el fomento y defensa de las industrias y con la defensa contra la especulación de los precios de las drogas y artículos de primera necesidad; o sea todo lo que se relaciona con la vida financiera y económica del país en sus actividades más salientes, y dentro de los límites de la facultad reguladora del propio legislador. Y en lo relativo a lo fiscal, el segundo miembro del ordinal c) y los ordinales e), f) y g) son bien claros y precisos en cuanto al alcance y límites de las autorizaciones en lo que estrictamente concierne al Tesoro Nacional.

"No hay razón, pues, para que el demandante se sorprenda de que dentro del amplísimo campo de las autorizaciones en lo financiero, económico y fiscal el Organismo Ejecutivo hubiera dictado muchos decretos, porque sólo así podía satisfacer la razón de ser de la medida extraordinaria que el Congreso consideró necesaria e indispensable 'con el fin de conjurar, corregir o atenuar los efectos de la actual crisis mundial sobre la organización eco-

nómica y fiscal del país'. Es decir, que el Congreso se penetró de la gravedad, complejidad y magnitud de los problemas planteados por la crisis mundial y por ello encomendó su examen y adecuada regulación al Presidente de la República, en ejercicio de la atribución 9ª del artículo 69 de la Constitución. En consecuencia, dadas las proporciones y propósitos de la delegación, ésta no podía tener otros límites que los marcados por la propia naturaleza del encargo, o sea la de adoptar las medidas legislativas tendientes a conjurar, corregir o atenuar los efectos de la actual crisis mundial sobre la organización económica y fiscal del país. Ante un encargo de tan vasta envergadura y de máxima responsabilidad el Organismo Ejecutivo tenía que operar en la medida de las funciones cuya satisfacción se le encomendaba y de cuyas consecuencias debía responder..."

"Desde su creación por la Ley 23 de 1931, esta entidad (el Consejo de la Economía Nacional) no ha tenido otro carácter que el de un centro de estudios y de coordinación de los problemas concernientes a la Economía Nacional y a sus relaciones con las actividades estatales, a fin de encauzar, orientar y dirigir mejor esas actividades por quienes tienen facultad para ello por delegación de la soberanía nacional conforme a nuestro sistema constitucional y legal. Vale decir que el Consejo de la Economía Nacional no es un organismo del Poder Público, para imponer con carácter obligatorio lo que es materia de sus funciones. De aquí que esté muy bien definido en el artículo 1º del decreto acusado al decir que 'el Consejo de la Economía Nacional es un organismo de consulta, planeamiento y coordinación general, y está organizado sobre el principio de la colaboración entre el Estado y los grupos económicos particulares'.

"Dado tal carácter no sólo por la definición legal sino en puridad de verdad por la naturaleza misma del organismo, era lo más natural que el Organismo Ejecu-

tivo adaptara el organismo consultivo a las exigencias de la magna tarea que el Congreso le encomendaba para la defensa de la economía nacional. Con irreprochable acierto quiso el Gobierno que su cuerpo de consulta y asesoría tuviera el asentimiento requerido por la diversidad de problemas a cuya solución se enfrentaba, porque es evidente que el Decreto número 1438 de 1940 no restringe las funciones que la Ley 23 de 1931 asignó al Consejo de la Economía Nacional, sino que las amplía considerablemente con la intervención de nuevos elementos de información y con la adopción de medidas que tienden al desarrollo de funciones permanentes, más activas y por consiguiente de mayor eficacia”.

En lo tocante a los fundamentos constitucionales de la demanda el señor Procurador se expresa así:

“Como se ha visto, el demandante alega en su petición de inexequibilidad la infracción de los artículos 16, 52, 63, 69 y 72 de la Constitución. El artículo 16 declara la responsabilidad de los funcionarios públicos por las infracciones de la Constitución y Leyes, tanto por extralimitación de funciones como por omisión en el ejercicio de las mismas. Los artículos 52 y 63 se refieren a la composición, separación y limitación de los tres órganos del Poder Público. El artículo 69 consagra el principio de que corresponde al Congreso hacer las leyes y enumerar las atribuciones que por medio de ellas ejerce, atribuciones entre las cuales se consigna la de “revestir, pro-tempore, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen”. El art. 72 se limita a declarar que ‘las leyes pueden tener origen en cualquiera de las dos cámaras, a propuesta de sus respectivos miembros o de los Ministros del Despacho’.

“Pues bien: los artículos citados nada arguyen contra la validez del Decreto Legislativo 1438 de 1940, porque éste emana de las facultades extraordinarias otor-

gadas al Organismo Ejecutivo por la Ley 54 de 1939, la que a su vez fue expedida por el Congreso en ejercicio de la expresa atribución que a él le señala el numeral 9º del artículo 69 de la Constitución.

“Lo habitual en el planeamiento y discusión del mismo tema que propone el señor Luis Vélez Marulanda es situarlo en un terrero que excluye la imputación de intenciones o propósitos de mala fe en la expedición del acto acusado. El artículo 16 de la Constitución entraña el concepto de intención dolosa y de consiguiente reparación penal. La impertinencia de la cita del artículo 16 es tanto más manifiesta cuanto ese precepto constitucional no es elemento apto para establecer una situación de incompatibilidad entre la Constitución y el estatuto legislativo acusado. Ese artículo 16 sólo tendría virtualidad para operar en el caso de que declarada una inexequibilidad por quebrantamiento de otros preceptos constitucionales, se pudiera atribuir tal violación a propósitos dolosos.

“Por tal razón es improcedente la invocación que del mencionado artículo 16 se hace en la demanda que se considera y porque además la rectitud de intenciones y el alto sentido de responsabilidad que necesariamente hay que reconocer en el Organismo Legislativo al expedir la Ley 54 de 1939, no pueden menos de reconocerse en igual grado en el Presidente de la República y en sus Ministros al darle ejecución a aquel mandato”.

La Corte considera:

Fuera de los aspectos tratados por el señor Procurador General de la Nación en los párrafos que han quedado transcritos, contiene la demanda dos puntos que es preciso estudiar.

Estima el demandante que el ordinal c) del artículo 1º de la Ley 54 de 1939 es muy vago e impreciso, y por ello sostiene que no autoriza al Presidente de la República para expedir el decreto acusado, no obstante reconocer, como reconoce, que dentro del significado genérico de los términos Fomento y Defensa de las indus-

trias puede incluirse toda la actividad económica del Estado.

El cargo se endereza, pues, contra la ley de facultades extraordinarias, que no está acusada, y no contra el decreto, porque es claro que dentro de la vaguedad e imprecisión que se atribuye a la ley, cabrían todas las medidas que el Gobierno juzgara necesario o conveniente dictar para fomentar y defender las industrias, gravemente amenazadas por "los efectos de la actual crisis mundial sobre la organización económica y fiscal del país", sin que pudiera sostenerse que tales medidas se apartan de las facultades concedidas.

El demandante ha debido, por consiguiente, acusar la ley, si considera que no reúne los requisitos de precisión exigidos por el ordinal 9º del artículo 69 de la Constitución Nacional, y en caso de prosperar su acusación, virtualmente habría caído el decreto también; pero no estando acusada la ley, mal podría aseverarse que el decreto traspasa los límites señalados por el legislador a las facultades extraordinarias y en esas condiciones el cargo formulado por el demandante contra el aludido decreto no puede prosperar.

Sostiene igualmente el demandante que el Presidente de la República no puede, en uso de facultades extraordinarias, derogar o modificar las leyes, y que, por tanto, no podía reformar la Ley 23 de 1931, que creó el Consejo de la Economía Nacional.

Este punto lo ha resuelto la Corte afirmativamente en varias ocasiones, entre otras en una sentencia reciente, la de fecha trece de marzo último, en la cual dijo, refiriéndose a los Decretos-Leyes, o decretos de carácter extraordinario:

"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 Organó Ejecutivo, o le atribuye una competencia que sin las facultades extraordinarias no tendría".

Se deduce de todo lo dicho que el decreto acusado no pugna con los textos constitucionales citados por el demandante, ni con algunos otros.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación y en uso de la atribución que le concede el artículo 149 de la Constitución Nacional,

D E C I D E :

Es exequible el Decreto número 1438, del 18 de julio de 1940 "por el cual se reforma la Ley 23 de 1931, orgánica del Consejo de la Economía Nacional y se dictan otras disposiciones".

Dése cuenta a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Trabajo, Higiene y Previsión Social, de la Economía Nacional y de Obras Públicas.

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese el expediente.

Hernán Salamanca. — Campo Elías Aguirre.—José Miguel Arango.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Isaías Cepeda.—Juan Antonio 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.

ARTICULOS 5º Y 7º DE LA LEY 264 DE 1938 SOBRE SOCIEDADES COOPERATIVAS PARA LA ELABORACION DE LA SAL, ACUSADOS COMO INCONSTITUCIONALES, Y DECRETO NUMERO 1377 DE 17 DE JULIO DE 1940, ACUSADO TAMBIEN EN SU ARTICULO 2º.

Aunque las salinas sean bienes fiscales la Nación no puede obrar, respecto de la elaboración, como persona de derecho privado, con libertad omnimoda, porque la función de la elaboración la atribuyó la ley a los particulares, recortando así la libertad de la Nación. Si la elaboración de la sal pertenece a los particulares, el Gobierno no puede hacer a los unos de mejor condición que a los otros y no puede obligarlos a formar entre ellos o con la Nación cooperativas para la elaboración de sales. Obligar a los particulares a formar cooperativas, impelidos por los privilegios, gracias o ventajas que otorgue el Gobierno a los que se asocien con tal fin es atentar contra la libertad de industria, es violar el precepto constitucional del artículo 40 que manda que el trabajo gozará de especial protección del Estado, y no es proteger el trabajo señalando precios distintos a los que elaboran sal. Por tanto, si el Gobierno fija distintos precios al agua salada, menor para los que pertenezcan a la cooperativa, crea un privilegio en favor de éstos y en contra de los intereses de los que no pertenezcan a la cooperativa, procedimiento prohibido por el artículo 27 de la Codificación Constitucional. Son, pues inexecutable el artículo 5º de la ley acusada y el 2º del decreto acusado también, más no el artículo 7º de aquella.

Bogotá, veinticuatro de abril de mil novecientos cuarenta y uno.

(Ponente: magistrado Dr. José Miguel Arango)

El apoderado especial de la Compañía Salinera de los Andes, demanda ante la Corte, los artículos 5º y 7º de la Ley 264 de 1938, por considerarlos contrarios a claros textos constitucionales, para que se declaren inexecutable. También solicita la inexecutable del artículo 2º del Decreto Ejecutivo número 1377 de 17 de julio de 1940.

Para la Corte prospera la acusación del apoderado de la Compañía Salinera de los Andes por el quebrantamiento del artículo 27 de la Constitución y otros que luego se citarán en lo que dice relación al artículo 5º de la ley acusada, no en cuanto al 7º, como adelante se verá, artículo 27 que en su texto, ordena: "Ninguna ley que establezca un monopolio podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una industria lícita.

"Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de ley.

"Sólo podrán concederse privilegios que se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación".

Razona así el demandante para sustentar su tesis:

"A primera vista se comprende que si una determinada sociedad, establecida por el gobierno para la elaboración de sal, como es la Cooperativa de que trata el ar-

título 5º de la Ley 264 de 1938, va a gozar de especiales y muy importantes ventajas que se niegan a otras sociedades establecidas también para la elaboración de sales, verbo y gratia, la Compañía Salinera de los Andes, aquella queda automáticamente colocada en una situación de privilegio que además va derecho al monopolio. Privilegio es, para la Cooperativa, obtener las aguas sales a precios inferiores a los impuestos, por efecto de la Ley 264 a cualquiera otra entidad establecida para ejercer igual industria; privilegio es acordar a la Cooperativa especiales facilidades crediticias, que no se dan a otras empresas de elaboración de sales; privilegio es brindar a aquella con exclusión de éstas la importantísima ventaja que entraña el aporte de capital por el gobierno. Todo ello cabe holgadamente en la definición de privilegio que la Corte misma ha dado en uno de sus fallos, con apoyo en el Diccionario de la Lengua, que "Privilegio es gracia o prerrogativa que concede el superior, exceptuando o libertando a uno de una carga o gravamen, o concediéndole una excepción de que no gozan otros (Jurisprudencia de la Corte, III, 3.151)....."

"Como los artículos 5º y 7º de la Ley 264 de 1938, colocan a la Sociedad Cooperativa, que el primero de esos artículos ordenó al Gobierno establecer, en situación de evidente privilegio; como los favores, prerrogativas y ventajas que esas disposiciones le otorgan a aquella sociedad, en el hecho se traducen en un monopolio dado a la misma para la elaboración de sal; como el referido privilegio está fuera de los que autoriza la Constitución, pues no se otorga para inventos útiles o vías de comunicación, únicos casos en que aquellas los permiten; y como el monopolio que tácitamente establecen los precitados artículos de la Ley 264, no lo autoriza a ésta como arbitrio rentístico, sino para fomento de una sociedad cooperativa y sin previa indemnización, como conforme lo exige la norma constitucional, síguese que el artículo 5º, en la parte en que autoriza la imposición de un

gravamen mayor para los elaboradores no afiliados a la Sociedad Cooperativa, y el artículo 7º de la Ley 264 de 1938, quebrantan el precepto marcado con el número 27 de la Codificación Constitucional, por lo cual son inexecutable".

"Y no se diga que cualquier persona o cualquier empresa elaboradora de sal está en capacidad de gozar de iguales prerrogativas y favores a los que se otorgan a la Sociedad Cooperativa, con solo afiliarse a ésta. Tal posibilidad existe ciertamente; mas ella no basta para purgar las disposiciones acusadas del vicio que las hace inexecutable, porque siendo como es absolutamente voluntario el ingreso a la Sociedad Cooperativa, si una persona o sociedad, haciendo uso de su derecho, se abstiene de ingresar, queda desde luego sometida a condiciones de completa inferioridad respecto de la Cooperativa, e injustamente sometida a luchar en el campo de la industria con una entidad armada de valioso privilegio.

"Por otra parte, si lo que se ha pretendido por medio de las disposiciones que acuso es obligar a todos los elaboradores de sal a hacerse parte en la Sociedad Cooperativa, entonces aquellas pecan contra la libertad de industrias, que es otro derecho amparado por la Constitución, sin otras restricciones que las indicadas en el artículo 38 de la Codificación Constitucional".

El señor Procurador General de la Nación opina que las sales son bienes fiscales, de propiedad exclusiva de la Nación, quien los administra como persona de derecho privado, es decir con todas las libertades y restricciones que las leyes conceden e imponen a los particulares, en relación con los bienes que constituyen el haber privado de los ciudadanos. De esta premisa deriva el agente del Ministerio Público, la conclusión de que la Nación tiene libertad, en tratándose de un bien nacional o de un bien fiscal, para fijarle precio a la sal y de hacer a los particulares que se sometan a las prescripciones del ejecutivo, concesiones para el ejerci-

cio de la industria de la elaboración de sales.

En principio, es cierta y ajustada a derecho la apreciación del señor Procurador, pero ella, al presente, comporta algunas restricciones, en tratándose del laboreo de las sales.

No puede ponerse en duda que las salinas ya sean terrestres, ora marítimas, pertenecen en propiedad a la Nación. Así lo ha establecido el artículo 199 de la Codificación Constitucional y así lo reconoce el artículo 115 del Código Fiscal, pero ese mismo código, por ser la sal un producto de primera necesidad, puede decirse de orden público, ha reglamentado su producción, dividiéndola en dos funciones, una privativa del Gobierno y otra que corresponde a los particulares que quieran ejercer esa industria, a saber: la explotación, que corresponde exclusivamente al Gobierno, función privativa de éste, y que consiste en obtener la sal en su estado natural, que se denomina bijua o gema o agua salada, y la elaboración que corresponde a los particulares y consiste en las operaciones que se ejecuten por medios industriales para producir sal compactada o sal de caldero, previa compra al Gobierno del agua salada o de la sal bijua o gema.

Si la producción de la sal en las salinas terrestres, se divide en dos operaciones por el querer del legislador, una privativa del Estado y otra de los particulares, la opinión del señor Procurador sufre mengüa al aplicarse a las personas que ejercen la industria de la elaboración, lo que quiere decir que aunque las salinas sean bienes fiscales, la Nación no puede obrar, respecto de la elaboración, como persona de derecho privado, con libertad omnímoda, porque la función de la elaboración la atribuye la ley a los particulares, recortando así la libertad de la Nación.

Si la elaboración de sales terrestres en Colombia, corresponde a los particulares, estos en ejercicio de esta lícita industria deben tener igual protección de las autoridades, porque estas, entre otras cosas,

están constituídas para proteger a los residentes en Colombia en sus bienes, y esa protección se aminora o desaparece, cuando los industriales que elaboran sales, se someten a diversas condiciones, o mejor dicho, cuando el precio del agua salada o de la sal bijua es distinto para unos y otros.

Pero se observa que esa diversidad de precios sólo existe para los industriales que no quisieren someterse a las condiciones fijadas por el Gobierno para obtener precios más bajos para la materia prima, y así sometidos a esas condiciones, la igualdad de precios para los industriales los coloca en igualdades económicas para el ejercicio de la industria.

A esta argumentación hay que reparar, que si la elaboración, por mandato de la ley, pertenece a los particulares, el Gobierno no puede hacer a los unos de mejor condición que a los otros, porque la Constitución ampara por igual a todos los que ejerzan una industria lícita, y no puede obligarlos a formar entre ellos o con la Nación, cooperativas para la elaboración de sales, porque esta operación compete a los particulares, no a la Nación y porque todos los habitantes de Colombia pueden ejercer la industria que les agrade, sin licencia del Gobierno cuando ella es lícita, que si no lo fuere no se podría ejercer. Obligar a los particulares a formar cooperativas, impelidos por los privilegios, gracias y ventajas, que otorgue el Gobierno a los que se asocien con tal fin, es atentar contra la libertad de industria, es violar el precepto constitucional del artículo 40 que manda que el trabajo gozará de especial protección del Estado, y no es proteger el trabajo señalando precios distintos a los que elaboran sal.

Pudiera arguirse que la Nación pone en igualdad de condiciones a todos los elaboradores de sal respecto del precio de la materia prima, siempre que se sometan a las disposiciones que dicta el Gobierno, en el caso actual, a que formen cooperativas.

Grave reparo hay que hacerle al anterior razonamiento, que consiste en que si

la industria es libre, a nadie se le puede obligar a asociarse, sin violentar la libertad de industria, derecho reconocido por la Carta fundamental.

Como consecuencia de lo anterior no puede remitirse a duda, que si el Gobierno fija distintos precios al agua salada, menor para los que pertenezcan a la cooperativa, crea un privilegio en favor de estos y en contra de los intereses de los que no pertenezcan a la Cooperativa, procedimiento prohibido por el artículo 27 de la Codificación Constitucional.

La finalidad que tuvo el legislador al dictar la Ley 264 en su artículo 5º de proteger a los consumidores, se puede alcanzar con la facultad que tiene el Estado de intervenir, por medio de leyes, en la explotación de las industrias fijando de antemano el precio de la sal que se dé al expendio, sin hacer a unos industriales de mejor condición económica que a otros. En tratándose de bienes nacionales, las autoridades de la república han sido instituidas para la administración y fomento de los intereses públicos, a fin de que marchen con la apetecida regularidad y contribuyan al progreso y engrandecimiento de la Nación, pues no estaría bien que bienes fiscales de esta se pusieran al servicio de determinadas personas con detrimento de los intereses de los demás asociados.

De lo anterior se desprende que el artículo 5º acusado viola los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 15, 27, 38 y 40 de la Constitución y por tanto es inexecutable, lo mismo que el segundo del decreto acusado.

A juicio de la Corte el artículo 7º de la Ley 264 memorada, escapa a la tacha de inconstitucional, porque, en primer lugar, él confiere una facultad al Gobierno para celebrar convenios con la Cooperativa para la estipulación de facilidades crediticias y de aporte de capital a cambio de la intervención del Gobierno en la fija-

ción del precio de venta de la sal, autorización que no pugna con ninguna disposición constitucional y menos con el artículo 27 de allí, porque esas concesiones no implican privilegio a la Cooperativa, sino que crean obligaciones y derechos recíprocos, como emanados de un contrato bilateral, y en segundo lugar porque si fuera privilegio sería una concesión gratuita para la compañía, y se ha visto que esas facilidades crediticias y esos aportes no son gratuitos de parte del Gobierno, sino a cambio de su intervención en la fijación de los precios de venta de la sal.

Si alguna de las disposiciones constitucionales señaladas como quebrantadas, no han sido citadas por el demandante, la Corte tiene facultad para estudiar la demanda desde esos vértices o a la luz de otras disposiciones distintas de las señaladas en la demanda, como lo enseña el artículo 2º de la Ley 96 de 1936. El artículo 2º del Decreto 1377 de 17 de julio del año de 1940 correrá igual suerte ya que él en el fondo, dispone lo mismo que los artículos 5º y 7º acusados.

En consecuencia, en desacuerdo con el señor Procurador General de la Nación, la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena decide:

1º Es inexecutable el artículo 5º de la Ley 264 de 1938, en la parte que autoriza al Gobierno para pactar con el Banco de la República la fijación de un precio mayor para las sales que compren los elaboradores que en el término allí señalado no sean socios de la Cooperativa cuya formación se ordenó.

2º Declárase igualmente inexecutable el artículo 2º del Decreto número 1377 atrás mencionado en su segunda parte que dice: "Pero podrá, después del 1º de noviembre de 1940, y previo acuerdo con el Banco de la República, señalar un precio diferencial para elaboradores, a que se refiere el citado artículo 5º de la Ley 264 de 1938.

3º Es exequible el artículo 7º de la citada Ley 264 de 1938.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial, comuníquese a los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Petróleos y archívese el expediente.

Hernán Salamanca. — Campo Elías

Aguirre.—José Miguel Arango.—Anibal Cardoso Gaitán.—Isaías Cepeda.—Juan Antonio Donado V.—Liberio Escallón.—Absalón Fernández de Soto. — Ricardo Hineztrosa Daza. — Fulgencio Lequerica Vélez.—Juan Antonio Montalvo.—Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL.

I

I. Las garantías esenciales del individuo, ante el proceso penal, están resumidas en el artículo 22 de la Constitución, que reconoce, en primer lugar, el derecho, igual para todos, de ser juzgados por las leyes vigentes al tiempo de la comisión del hecho imputado, es decir, que la potestad penal está regida por el principio de la irretroactividad de la ley, el cual se impone al Estado, lo mismo en el momento de formular el derecho, que al aplicarlo en cada caso concreto. El legislador no puede, por tanto, dictar leyes cuya acción repressiva se dirija a sancionar hechos cometidos bajo el imperio de la ley antigua. Esta es doctrina universalmente acogida respecto a las leyes que forman el derecho penal sustantivo.

Pero esto no quiere decir que en el ordenamiento de los medios de aplicación de la ley penal, esto es, en el campo del procedimiento, no existan limitaciones constitucionales. El individuo —dice el texto comentado— no puede ser juzgado sino "ante tribunal competente". Atendiendo a la naturaleza intrínseca de los derechos que garantiza el artículo 22 de la Carta, es de rigor admitir que el constituyente se refirió aquí a la jurisdicción en sí misma, a la competencia para juzgar el hecho imputado, y esta, en un régimen de legalidad estricta, debe estar ligada al tiempo de la comisión del hecho materia del proceso. En otros términos: puesto que la norma en cada una de sus partes establece las diferentes condiciones del juicio, innocua vendría a ser la que declara que el individuo debe ser juzgado "ante tribunal competente" si no se tradujera en límite impuesto a las leyes nuevas que regulan la jurisdicción.

II

II. La Constitución actual, más objetiva que declarativa, no contiene todos los postulados que proclaman los fueros de la persona humana; pero ellos son el substrato de sus sobrias fórmulas y sirven para explicar su sentido.

Ciertamente, como lo dice el artículo 45 de la Ley 153 de 1887, las leyes que establecen los tribunales son de aplicación inmediata, pero ello no implica que el legislador colombiano pueda crear los llamados tribunales extraordinarios, al menos en tiempo de paz, ni jurisdicciones especiales distintas de las que autoriza la Constitución, ni dictar leyes retroactivas tendientes a sustraer al individuo, en perjuicio de sus derechos, de la jurisdicción existente al tiempo en que el hecho se cometió. Una cosa es la función y otra los órganos que la realizan. Estos, por razones de orden práctico que no hace falta exponer aquí, pueden ser creados, ampliados o complementados por el legislador, se entiende que dentro del orden regular de las jurisdicciones y atemperando el radio de sus atribuciones a los principios generales que rigen en el tiempo la aplicación de las leyes.

III

III. Dice el inciso 2º del artículo 22 de la Constitución:

"En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

Dadas las profundas vinculaciones entre el derecho penal sustantivo y el derecho penal procesal, no es arbitrario suponer que el constituyente empleó aquí la locución "en materia criminal" en su amplio

sentido, dándole a la regla la flexibilidad necesaria para la solución de los problemas complejos a que da lugar el cambio de leyes que, sin ser penales, de su aplicación adecuada puede depender la imposición de la pena o su atención. No es exactamente lo mismo decir "ley penal permisiva o favorable" que "ley permisiva o favorable en materia criminal". El primer concepto es de suyo limitado. En el segundo caben, sin impropiedad, tanto las leyes estrictamente penales, que definen los delitos y establecen las penas, como las que reglamentan la jurisdicción y el procedimiento en materia penal o criminal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena
Bogotá, trece de mayo de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Absalón
Fernández de Soto)

El doctor Carlos García Herreros, ciudadano colombiano, vecino de Bogotá, ejercitando la acción establecida por el artículo 149 de la Constitución Nacional, pide se declare inexecutable el artículo 722 de la Ley 94 de 1938 (Código de Procedimiento Penal), cuyo texto dice:

"Las disposiciones de este Código se aplicarán solamente a los procesos que se iniciaren después de su vigencia.

"Los sumarios y juicios que estuvieren pendientes cuando entre en vigencia, continuarán rigiéndose por el procedimiento anterior".

El doctor García Herreros considera la disposición trascrita violatoria del artículo 22 de la Constitución Nacional. que dice:

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

"En materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

Sostiene el actor que los dos principios contenidos en este precepto compren-

den tanto la ley penal sustantiva como la ley penal procesal y aduce en apoyo de su razonamiento la doctrina de varios autores. Inserta los conceptos del Procurador Delegado en lo Penal, en que este funcionario opina en favor de la aplicación de las disposiciones del nuevo Código de Procedimiento Penal —Ley 94 de 1938— a los procesos iniciados antes de su vigencia, cuando quiera que sean más favorables al procesado, y para demostrar que el artículo acusado pugna con la disposición constitucional trascrita, plantea las siguientes tesis:

"1ª) El artículo 722 es inconstitucional en cuanto sustrae los procesos iniciados después de la vigencia de la Ley 94 de 1938, por delitos cometidos antes de ella, de la aplicación de la ley preexistente a estos, en los casos en que es más favorable".

Explicando este primer punto dice el demandante:

"Hemos visto que la ley permisiva o favorable en materia criminal debe aplicarse de preferencia y que esta disposición se refiere no solamente al derecho penal material sino también al formal; en otras palabras, comprende disposiciones contenidas en el C. de P. P. como lo acepta la Procuraduría.

"El artículo 722 establece que los procesos que se iniciaren después de la vigencia del nuevo código se regirán por sus disposiciones y no exceptúa los casos en que se inicie un proceso después de su vigencia por un delito cometido antes de ella, caso en el cual el procesado tiene derecho a que se le aplique la ley preexistente permisiva o favorable.

"En este sentido el artículo 722 debe ser declarado inconstitucional de conformidad con la tesis expuesta".

"2ª) El artículo 722 es inconstitucional en cuanto sustrae los procesos iniciados antes de la vigencia de la Ley 94 de 1938, de la aplicación de sus disposiciones en los casos en que son más favorables".

Y comenta así esta segunda cuestión:

"Probado ya suficientemente que el principio de aplicación de la ley permisiva

va o favorable se refiere también al derecho penal formal y aceptado por la Procuraduría que muchos son los casos en que de conformidad con el principio constitucional se deben aplicar disposiciones del nuevo Código de Procedimiento, el artículo 722 establece que "Las disposiciones de este código se aplicarán solamente a los procesos que se iniciaren después de su vigencia", en otras palabras prohíbe la aplicación de disposiciones del nuevo código aun en el caso de que sean permisivas o favorables, luégo:

"En este sentido debe declararse el artículo 722 inconstitucional, de conformidad con la tesis 2ª expuesta".

El demandante trae a manera de tesis seis proposiciones más, que no son sino aspectos o puntos de vista derivados de las dos que se dejan copiadas.

El señor Procurador General de la Nación, en desacuerdo con la demanda, sostiene que el artículo 22 de la Constitución Nacional no aparece vulnerado por ningún concepto por el 722 del nuevo Código de Procedimiento Penal. Hace distinción entre las leyes relativas al juzgamiento de los delitos y las que regulan los procedimientos por medio de los cuales se ejerce la facultad de juzgar. Fundándose en los artículos 40, 43, 44 y 45 de la Ley 153 de 1887 deduce que el precepto constitucional de que se trata no se refiere a las leyes relativas al procedimiento, las cuales, dice, no están sujetas "al principio de la preexistencia y de la mayor benignidad". Admite que "en la práctica se le está dando una errada aplicación al artículo 722 con violación del artículo 22 de la Constitución, pues que algunos han entendido que los procesos iniciados antes de la vigencia del nuevo código, en todo y para todo deben ceñirse a la anterior legislación, sin tener en cuenta que en los códigos de procedimiento existen mandatos legales que atañen a lo sustancial o esencial de las situaciones jurídicas que se ventilan". Cita como ejemplo lo relativo en el procedimiento penal a detención preventiva. Opina que para estas disposiciones rige el mandato constitucio-

nal de la preferente aplicación de la ley menos rigurosa, sin que a ello se oponga el artículo 722 acusado, ya que éste "nada dice en contrario ni podría decirlo sin ponerse en franca y abierta oposición con el artículo 5º del mismo Código de Procedimiento, que es reproducción del inciso 2º del artículo 22 de la Constitución".

El señor Procurador General concluye así: ".....la subsistencia, o la desaparición del artículo 722, en nada puede influir sobre la operancia del principio contenido en el inciso 2º del artículo 22 de la Constitución y en el artículo 5º de la Ley 94 de 1938, en todos los casos en que este principio deba tener aplicación en los procesos iniciados antes de la vigencia del nuevo código, o respecto de hechos punibles ejecutados antes de esa vigencia y cuya investigación se hubiera comenzado dentro de las normas procedimentales del nuevo código, conforme a los supuestos concretos que plantea el denunciante".

Se ha acusado, pues, como contraria a la Constitución, la norma general del artículo 722 de la nueva ley procedimental, sobre aplicación de las disposiciones de ese estatuto. La demanda plantea un complejo problema de derecho público, cual es precisar la extensión de las facultades del legislador en lo concerniente a las leyes que regulan el ejercicio de la potestad penal.

Sabido es que la autoridad del Congreso para dictar las leyes, cualquiera que sea su materia, emana de la Constitución, la cual crea el órgano legislativo, limita su radio de acción y establece medios para invalidar, ya por vía general, o en cada caso particular, los actos del legislador que sean contrarios a la ley fundamental.

En el Título III de la Carta, bajo el rubro "De los derechos civiles y garantías sociales" se encuentran las reglas superiores de derecho que guían al legislador y sirven de criterio para apreciar la constitucionalidad de sus actos, siendo oportuno advertir que los principios universales de derecho público en que se inspiran las legislaciones positivas, no expre-

samente incluídos en la Constitución Nacional, están, en lo sustancial, implicados en las fórmulas de dicho Título.

El artículo 22 de la Carta, que la demanda considera violado, dispone en su primer inciso que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Ante todo, se trata en esta norma de la seguridad individual y más concretamente de precisar el radio de acción jurídica del Estado, en relación con la potestad de juzgar.

Las reglas de conducta que se imponen a la obediencia del individuo en sociedad, cuya violación produce consecuencias jurídicas, no pueden ser otras que las promulgadas antes de la comisión del hecho que va a juzgarse. Y como la actividad del Estado, en el campo de la defensa de la sociedad contra el delito, no se contrae a la formulación de las normas penales sino que para establecer su violación en cada caso particular y aplicar la sanción se sirve de órganos y formas que él mismo crea, es obvio que las garantías de seguridad no tendrían eficacia si las leyes que organizan la jurisdicción y el procedimiento pudiesen ser expedidas sin sujeción al régimen de limitaciones constitucionales.

Las garantías esenciales del individuo, ante el proceso penal, están resumidas en la breve fórmula trascrita. Reconoce, en primer lugar, el derecho, igual para todos, de ser juzgados por las leyes vigentes al tiempo de la comisión del hecho imputado, es decir, que la potestad penal está regida por el principio de la irretroactividad de la ley, el cual se impone al Estado, lo mismo en el momento de formular el derecho, que al aplicarlo en cada caso concreto. El legislador no puede, por tanto, dictar leyes cuya acción represiva se dirija a sancionar hechos cometidos bajo el imperio de la ley antigua. Esta es doctrina universalmente acogida respecto a las leyes que forman el derecho penal sustantivo.

Pero esto no quiere decir que en el ordenamiento de los medios de aplicación de la ley penal, esto es, en el campo del procedimiento, no existan limitaciones constitucionales. El individuo —dice el texto comentado— no puede ser juzgado sino "ante Tribunal competente". Atendiendo a la naturaleza intrínseca de los derechos que garantiza el artículo 22 de la Carta, es de rigor admitir que el constituyente se refirió aquí a la jurisdicción en sí misma, a la competencia para juzgar el hecho imputado, y ésta, en un régimen de legalidad estricta, debe estar ligada al tiempo de la comisión del hecho materia del proceso. En otros términos: puesto que la norma en cada una de sus partes establece las diferentes condiciones del juicio, inocua vendría a ser la que declara que el individuo debe ser juzgado "ante Tribunal competente" si no se tradujera en límite impuesto a las leyes nuevas que regulan la jurisdicción.

Las constituciones americanas contienen reglas que sirven para ilustrar la cuestión. Casi todas prohíben expresamente el juzgamiento por Tribunales o Jueces distintos de los que previamente haya establecido la ley; en algunas la garantía de irretroactividad se extiende, de modo explícito, a todas las leyes concernientes al proceso y otras, todavía más previsoras, eliminan las dudas originadas en el empleo del participio "juzgado", mediante fórmulas que aseguran, sin ambigüedad, el amparo constitucional a las diferentes situaciones del acusado ante el poder que lo juzga. Véanse los textos que siguen:

"Ninguna ley tendrá efecto retroactivo, excepto las penales, cuando sean favorables al delincuente o procesado".

"Nadie podrá ser procesado ni sentenciado sino por Juez o Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que éstas establezcan". (Constitución de Cuba, 1901).

"Las leyes no tienen efecto retroactivo sino en el caso de que sean favorables al que esté sub judice, o cumpliendo condena". (Constitución de la República Dominicana, 1924).

"Nadie puede ser **condenado** si no es **juzgado** legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio", declara la Constitución de Chile, sancionada en 1925, en su artículo 11 y en el siguiente dice:

"Artículo 12. Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta".

La Constitución de Panamá, dice:

"Artículo 22. Nadie podrá ser juzgado ni **sentenciado** sino por Juez o Tribunales competentes, en virtud de leyes anteriores al delito cometido, y en la forma que éstas establezcan".

No carece de significación la variante que hicieron los constituyentes colombianos al emplear en el artículo siguiente al 22 el término **penado** en vez de **juzgado**. "Aun en tiempo de guerra —dice el 24— nadie podrá ser penado **ex post facto**, sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinándose la pena correspondiente". Comparando los dos textos resulta esta notable diferencia en apoyo de las tesis que se viene sustentando: que el 22 establece un régimen de limitaciones para la normalidad; que contempla la función penal por el triple aspecto de la ley anterior al hecho imputado, de la jurisdicción y de las formas propias del juicio, y que en el 24 sólo queda en pie la garantía de la preexistencia de la regla prohibitiva, pudiendo el Estado proveer en lo demás de acuerdo con la necesidad de restablecer el orden público.

Las constituciones colombianas del siglo pasado, acaso teniendo en cuenta el grado de cultura de la época, proclamaban expresa y separadamente el principio de la igualdad legal, el de la irretroactividad de la ley y, como consecuencia lógica de ambos, el de la jurisdicción preexistente, formulado así: "Ningún colombiano puede ser separado de su juez natural, ni juzgado por comisiones especiales o por Tribunales extraordinarios". (Véanse Constituciones de 1830, 1832 y 1863).

La Constitución actual, más objetiva que declarativa, no contiene todos los postulados que proclaman los fueros de la persona humana; pero ellos son el substrato de sus sobrias fórmulas y sirven para explicar su sentido.

Ciertamente, como lo dice el artículo 45 de la Ley 153 de 1887, las leyes que establecen los Tribunales son de aplicación inmediata, pero ello no implica que el legislador colombiano pueda crear los llamados Tribunales extraordinarios, al menos en tiempo de paz, ni jurisdicciones especiales distintas de las que autoriza la Constitución, ni dictar leyes retroactivas tendientes a sustraer al individuo, en perjuicio de sus derechos, de la jurisdicción existente al tiempo en que el hecho se cometió. Una cosa es la función y otra los órganos que la realizan. Estos, por razones de orden práctico que no hace falta exponer aquí, pueden ser creados, ampliados o complementados por el legislador, se entiende que dentro del orden regulador de las jurisdicciones y atemperando el radio de sus atribuciones a los principios generales que rigen en el tiempo la aplicación de las leyes.

El individuo debe ser juzgado, dice en su parte final el inciso primero del art. 22, "con la plenitud de las formas propias de cada juicio". Esta norma, como el antiguo principio de que nadie puede ser juzgado sin haber sido oído y convenido legalmente en juicio, parte del supuesto de que hay formas esenciales al juicio, propias de él, sin las cuales no puede existir o deja de ser legítimo. Por donde se ve que la actividad jurídica del Estado encuentra aquí un nuevo límite. El legislador, al reglamentar las formas del juicio penal, no podría, por ejemplo, conferirle al Juez la facultad de decisión sin la presencia en juicio del acusado o, admitiéndola, desvirtuar su derecho de defensa, pues en ambos casos violaría la expresada garantía constitucional.

De modo que el constituyente, al proclamar que el juzgamiento debe ser conforme a leyes preexistentes al hecho imputado" y al determinar las demás condi-

ciones esenciales del proceso, circunscribió la órbita de acción del legislador en esta materia, puesto que en el orden lógico de la actividad jurídica del Estado es al órgano legislativo a quien corresponde primero aplicar los principios del derecho público y ceñirse a ellos, lo mismo al dictar la ley penal sustantiva que cuando formula las reglas de la jurisdicción y el procedimiento.

* * *

El examen del inciso primero del art. 22 de la Carta deja establecidas las bases para el estudio de la cuestión que más directamente se relaciona con la demanda, o sea la de saber si el segundo inciso comprende —y hasta qué punto— las leyes procesales. Se trata de la regla de aplicación de la ley penal más favorable, aunque sea posterior, modificación introducida por el derecho moderno al principio de irretroactividad. Sobre ella no existen antecedentes en las Constituciones anteriores a 1886. Los constituyentes de ese año la adoptaron en los siguientes términos:

“En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

Dadas las profundas vinculaciones entre el derecho penal sustantivo y el derecho penal procesal, no es arbitrario suponer que el constituyente empleó aquí la locución “en materia criminal” en su amplio sentido, dándole a la regla la flexibilidad necesaria para la solución de los problemas complejos a que da lugar el cambio de leyes que, sin ser penales, de su aplicación adecuada puede depender la imposición de la pena o su atenuación. No es exactamente lo mismo decir “ley penal permisiva o favorable” que “ley permisiva o favorable en materia criminal”. El primer concepto es de suyo limitado. En el segundo caben, sin impropiedad, tanto las leyes estrictamente penales, que definen los delitos y establecen las penas, como las que reglamentan la jurisdicción y el procedimiento en materia penal o criminal.

Mas si el tenor literal del texto ofreciere alguna incertidumbre, la explicación de su contenido viene a disiparla.

Dicha regla tiene por objeto atenuar la rigidez del viejo principio de irretroactividad de la ley penal. Las razones de justicia en que esto se funda concurren con igual evidencia respecto de normas procesales cuya aplicación en los procesos iniciados bajo el procedimiento anterior modifican sustancialmente la relación jurídica establecida, en el momento de la comisión del hecho, entre el acusado y el poder que lo juzga.

* * *

La cuestión del deslinde entre el derecho penal sustantivo y el derecho penal formal, para los fines de la aplicación de los principios de irretroactividad de la ley penal y de retroactividad benigna de la misma, no ha sido claramente definida por el derecho científico; y en cuanto a las legislaciones positivas tampoco contienen fórmulas de universal aceptación.

Desde luego todos los autores coinciden en que el acusado carece de derechos adquiridos ante el proceso, pues las leyes que lo regulan pertenecen al orden público y son, por tanto, de aplicación inmediata.

Sin embargo, admiten como criterio directivo en el procedimiento, la restricción de los efectos de la ley nueva, a fin de no hacer más gravosa la situación del individuo sub iudice. La Constitución mexicana de 1917, no obstante que por varios aspectos se aparta de la doctrina clásica de los derechos individuales, es de las pocas que ofrecen una solución concreta a este respecto por medio de la siguiente regla: “Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”.

Consultadas las reglas de los artículos 40 a 45 de la Ley 153 de 1887, sobre las cuales discurren extensamente el señor Procurador y el demandante, se tiene lo siguiente:

Al menos en su tenor literal, es innegable que tales preceptos apenas dejaron

a salvo del imperio de las leyes procesales nuevas los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias iniciadas bajo la legislación anterior. Las expectativas anexas a la prescripción quedan amparadas por la regla del artículo 41. En lo demás, la forma y correlación de los artículos 40, 43, 44 y 45, cierran, por decirlo así, el círculo de observancia de los principios de irretroactividad y de aplicación de la ley más favorable, contenidos en el artículo 22 de la Carta, refiriéndolos solamente a las leyes de carácter estrictamente penal.

Posiblemente las circunstancias históricas en que la ley se promulgó influyeron en la redacción de tales textos. El método extensivo consagrado como norma general para regular los conflictos de las leyes en el tiempo no ofrece mayores obstáculos en las épocas de normalidad, ante instituciones judiciales ya establecidas. La ley nueva generalmente se limita a reformarlas y mejorarlas, dentro de la organización constitucional existente. Otra cosa ocurre, cuando, como en 1887, abolido un orden jurídico, se trata de proveer a las formas o medios que permitan el funcionamiento de las instituciones nuevas. Entonces se plantean al legislador problemas de carácter excepcional que no podrían tener solución sino mediante un sistema rígido de aplicación de las leyes nuevas, como son los que se originan en la incompatibilidad, no ya entre dos leyes reglamentarias, sino entre instituciones jurídicas expresa o virtualmente abolidas y las que van a reemplazarlas. En este caso, la plenitud de las garantías emanadas de la Constitución tiene que ceder transitóriamente ante las necesidades peculiares del implantamiento del nuevo orden. La realidad es que, si se comparan los susodichos textos con las fórmulas del artículo 22 de la Carta a que sirven de medios de inteligencia y aplicación, se cae en la cuenta que éstos, los del estatuto fundamental, no sólo se adaptan sino que reclaman la interpretación extensiva, por la flexibilidad de sus términos y por

la trascendencia de los derechos que proclaman, en tanto que los otros, los de la ley, en especial las reglas de los artículos 43 a 45, por su tenor literal permiten sustraer toda la materia de las leyes procesales del régimen general de aplicación de las leyes penales, comunmente llamadas sustantivas. Es decir, autorizan reducir a un minimum las garantías procesales, en lugar del maximum de protección jurídica en que se inspiran los textos constitucionales.

No está demás reproducir aquí los artículos de la ley en referencia, que han sido objeto de estas anotaciones:

“Ley 153 de 1887. Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.

“Artículo 43. La ley preexistente previere a la ley *ex-post-facto* en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla sólo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los Tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40”.

“Artículo 44. En materia penal la ley favorable o permisiva previere en los juicios a la odiosa o restrictiva, aun cuando aquélla sea posterior al tiempo en que cometió el delito.

“Esta regla favorece a los reos condenados que estén sufriendo su condena”.

“Artículo 45. La precedente disposición tiene las siguientes aplicaciones:

“La nueva ley que quita explícita o implícitamente el carácter de delito a un hecho que antes lo tenía, envuelve inafectado y rehabilitación.

“Si la ley nueva aminora de un modo fijo la pena que antes era también fija”.

se declarará la correspondiente rebaja de pena.

“Si la ley nueva reduce el máximum de la pena y aumenta el mínimum, se aplicará de las dos leyes la que invoque el interesado.

“Si la ley nueva disminuye la pena corporal y aumenta la pecuniaria, prevalecerá sobre la ley antigua.

“Los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna.”

A propósito del tenor literal de este último artículo, es oportuno observar que, a pesar de él, la aplicación de la norma constitucional, reproducida por el 44, no se circunscribe a las cuatro hipótesis enumeradas, pues en el propio campo de la ley penal sustantiva, a que quiere contraerla, se presentan modificaciones que no fueron previstas al redactar dicho artículo y que sin embargo se rigen de acuerdo con el principio de aplicación de la ley permisiva o favorable.

Prácticamente, el sentido rígido de dichas reglas ha sido atenuado por la jurisprudencia nacional. La Corte, como Tribunal de casación y los Tribunales Superiores, apoyándose en las normas de la ley fundamental, han extendido la aplicación del principio de favorabilidad, en casos concretos, a leyes procesales, prefiriendo la antigua a la nueva, a fin de no empeorar la situación del que se encuentra sub *judice* al tiempo de efectuarse el cambio de la ley bajo la cual se inició el proceso.

El mismo señor Procurador, aunque firma, guiándose por las citadas reglas de la Ley 153 de 1887, que el artículo 22 de la Carta “no reza para nada con las leyes sobre procedimiento”, más adelante se aparta de tal opinión y dice: “me parece obvio que lo relativo en el procedimiento penal a detención preventiva, a libertad provisional, a recursos para más amplio conocimiento de la responsabilidad del procesado, son materias que por afectar la situación física y moral del que encuentra sub *judice*, deben considerarse y resolverse como cuestiones sus-

tantivas, a la luz del principio contenido en el inciso 2º del artículo 22 de la Constitución”.

Y es que ni las razones de orden lógico en que se funda el principio de irretroactividad de las leyes, ni los motivos de justicia que dan origen a la regla constitucional sobre aplicación de la ley más favorable “en materia criminal” autorizan situar las leyes procedimentales fuera de los principios que regulan la aplicación de las leyes en el tiempo.

En lo general, las reglas de procedimiento rigen para lo futuro como todas las leyes. Convencionalmente se dice que la ley procesal nueva es “retroactiva” en cuanto se aplica inmediatamente, no sólo a los procesos que se inician a partir de su vigencia, sino también a los que se encuentran pendientes al tiempo de entrar en vigor. Su aplicación inmediata a todos los procesos se admite en las legislaciones positivas por razones de interés público y porque se reputa que la ley nueva es mejor para la protección de los derechos que la antigua; pero es lo cierto que las fórmulas que adoptan respetan las actuaciones cumplidas bajo la ley derogada; las diligencias iniciadas y los términos que hubieren empezado a correr se rigen por la ley vigente al tiempo de su iniciación, y, además, las leyes nuevas no pueden alterar las condiciones esenciales del juzgamiento existentes al tiempo de la comisión del hecho, en perjuicio del acusado.

Por donde se ve que la aplicación de la ley procedimental nueva a todos los procesos no implica retroactividad, ni el legislador podría imprimirle tal carácter, o sea el poder de obrar sobre los hechos pasados de modo de modificar sus consecuencias jurídicas. La doctrina y la jurisprudencia han establecido criterios directivos a fin de conciliar el interés general de su aplicación inmediata con las garantías de justicia establecidas también en interés común.

No es posible pretender, por otra parte, que los estatutos legales, por eximias

que sean las condiciones intelectuales de sus autores, provean de una vez y para todos los tiempos a la más justa solución de las controversias jurídicas, menos si se trata de los innumerables problemas a que da lugar el tránsito de una legislación a otra. La misma Ley 153 de 1887, en sus artículos 1, 4 y 5, dejó indicaciones generales que han servido a la jurisprudencia nacional para coordinar los preceptos de los artículos 40 a 45 con las normas supremas de la ley fundamental.

Tal es, a la luz de los principios constitucionales, el régimen de aplicación de las leyes nuevas, relativas al procedimiento penal. Véase ahora lo que dispone el artículo 722 del nuevo Código de Procedimiento, objeto de la acusación:

“Las disposiciones de este Código se aplicarán solamente a los procesos que se iniciaren después de su vigencia.

“Los sumarios y juicios que estuvieren pendientes cuando entre en vigencia, continuarán rigiéndose por el procedimiento anterior”.

Los legisladores de 1887 adoptaron la regla universal de aplicación inmediata de las leyes procedimentales a todos los procesos, sin tomar en cuenta la época de su iniciación. Sistema abonado por la experiencia como el más conforme con la naturaleza de estas leyes, en las cuales predomina el interés público (artículo 40, Ley 153 de 1887), a lo que se agrega que las reformas en materia criminal tienden a perfeccionar los métodos de la defensa social, en la cual está implicada la mejor protección de los derechos individuales.

Respecto de la aplicación del nuevo Código de Procedimiento Penal sus redactores creyeron conveniente acordar la norma trascrita y dieron como razón la siguiente, en la exposición de motivos del proyecto: “Para evitar dificultades, considerando que este proyecto pronto será ley que empezará a regir junto con el Código Penal, nos pareció conveniente establecer que no se aplicara sino a los procesos que se inicien después de su vigencia”.

La acusación alega que la regla es in-

constitucional “en cuanto sustrae los procesos iniciados después de la vigencia de la Ley 94 de 1938, por delitos cometidos antes de ella, de la aplicación de la ley preexistente a éstos en los casos en que es más favorable”.

Considera la Corte que este reparo no es fundado. El artículo no dice que los procesos que se inicien al entrar en vigencia el Código (o sea la Ley 94 de 1938), deban regirse solamente por sus disposiciones. Su texto no se opone a que a tales procesos se apliquen disposiciones de otros códigos o leyes, en los casos en que ello sea necesario, ya por deficiencia del nuevo estatuto o por razones de estricta justicia. El mismo Código advierte, en el artículo siguiente al 722, que “en las materias en él no previstas continuarán aplicándose las leyes y reglamentos especiales”. Y si se tratare de proceso iniciado con el código nuevo por delito cometido bajo la vigencia del código antiguo, en la hipótesis bastante improbable de que el sindicado o procesado pretendiere, por ejemplo, acogerse a la jurisdicción existente al tiempo de la ejecución del delito, la realidad es que el Juez no encontraría en el artículo 722 ni apoyo ni obstáculo para resolver el punto conforme a derecho.

De suerte que la primera objeción de inconstitucionalidad, sostenida por el demandante, es extraña a los términos de la regla acusada.

Dice luego la demanda: “El artículo 722 es inconstitucional en cuanto sustrae los procesos iniciados antes de la vigencia de la Ley 94 de 1938 (nuevo C. de P. P.) de la aplicación de sus disposiciones en los casos en que son más favorables”.

El artículo ordena, en efecto —y así lo reiteran sus propios redactores— que las disposiciones del nuevo Código deben aplicarse solamente a los procesos que se inicien al entrar éste en vigencia. Respecto de los incoados antes y no concluidos dice el inciso segundo que continuarán tramitándose por el procedimiento anterior.

Pudiera considerarse que el órgano investido del poder de hacer la ley está des-

de luego facultado para detener o retardar sus efectos, lo que ocurre cuando el legislador, especialmente tratándose de esta clase de reformas, señala un término prudencial entre la publicación de la ley y su vigencia. En tal evento, las disposiciones quedan en vacancia por el término del aplazamiento, no rigen ninguna actividad, en una palabra, no son leyes sino el día en que deban entrar en vigor y entre tanto siguen obrando las leyes que se pretende reemplazar. El advenimiento de la reforma se efectúa normalmente, sin afectar el carácter de generalidad que deben tener las normas legales.

Como se ve, este no es el caso del art. 722, ya que por él no se suspende o aplaza la aplicación del nuevo Código. Este, por mandato del artículo 724, entró a regir en su integridad desde el 1º de julio de 1938, y lo que el 722 dispone es que, al entrar en vigencia, sus disposiciones se apliquen a unos procesos con exclusión de otros, según la fecha de iniciación.

Se dirá que esta regla consulta el principio de la preexistencia de las leyes relativas al juzgamiento. Sin embargo, esa consideración no bastaría a justificar el artículo en todas sus partes, puesto que el desenvolvimiento de los sumarios o juicios pendientes en aquella fecha ha quedado sometido inflexiblemente al antiguo procedimiento, sin permitir que en ellos se aplique ninguna de las disposiciones de la nueva ley procesal, así sean las que protegen con mayor eficacia que la anterior legislación las prerrogativas de la defensa individual.

Se explicó ya, con la amplitud necesaria, que la ley procedimental no se sustrae al régimen general de aplicación de las leyes en el tiempo y en cuanto a la regla de excepción, llamada de retroactividad benigna de la ley penal, se demostró asimismo que en el sistema de leyes relativas al procedimiento criminal existen preceptos que por su naturaleza sustantiva reclaman la aplicación de dicha regla. Algunas de las reformas actualmente en vigencia permiten ilustrar concretamente la tesis expuesta.

Así, por ejemplo, de acuerdo con opiniones emitidas por el Procurador Delegado en lo Penal, las nuevas reglas sobre jurisdicción y competencia, en determinados casos, son más favorables al acusado que las pertinentes del antiguo Código de Procedimiento Penal.

Entre las reformas al régimen sobre detención y libertad del procesado hay una de especial trascendencia y es la que pone límite perentorio a la detención provisional, disponiendo que el sindicado sea puesto en libertad, mediante caución, aunque se trate de procesos por delitos que la ley excluye de ese beneficio, cuando han transcurrido 180 días, a partir de la fecha en que se inició el sumario, sin que se haya dictado auto de proceder.

El artículo 153 establece una institución nueva, que provee, mejor que el sobreseimiento o que la sentencia absolutoria, al amparo moral de los que han sido sumariados y aun ajusticiados, cuando en el curso del proceso se demuestra plenamente una de las cuatro hipótesis previstas en ese artículo.

El nuevo estatuto amplía notablemente el recurso de casación, extendiéndolo a muchos casos que no lo permitían bajo la anterior legislación. Desde este punto de vista la nueva reglamentación del recurso es más comprensiva y más justa que la anterior.

Es claro que estas disposiciones no se refieren a la forma externa de las diligencias procesales, ni al modo de adelantar la actuación, no siendo, por tanto, meramente adjetivas. Su objeto es garantizar con más eficacia las prerrogativas de la defensa individual; de su aplicación dependerá que el acusado recupere la libertad, o su reputación de hombre de bien, comprometida en un proceso desprovisto de base legal, y en algunos casos, como ocurre con las leyes relativas a la jurisdicción y con los recursos ordinarios o extraordinarios de impugnación de la sentencia, la norma de derecho penal formal está tan íntimamente ligada a la ley penal material que la aplicación de aquella virtualmente determina la abso-

lución del procesado o la atenuación de la condena. Por consiguiente, siguiendo las indicaciones de la jurisprudencia, esta clase de normas deben aplicarse en armonía con el régimen de la ley penal sustantiva.

Empero, la acentuada rigidez de los términos del artículo 722 no consienten la aplicación, inclusivè de los preceptos arriba citados de la nueva ley procesal, en los sumarios y juicios pendientes el 1º de julio de 1938. Lo cierto es que en la actualidad solamente se benefician de las innovaciones introducidas en el procedimiento los acusados por delitos cuya investigación se inició a partir de la fecha citada.

Y resulta que la limitación impuesta por dicho artículo a la ley procedimental, trasciende al campo de aplicación de la ley penal sustantiva. Sabido es que la Constitución reconoce al acusado, cualquiera que sea la fecha de iniciación del respectivo proceso, el derecho a que se le juzgue de conformidad con las disposiciones permisivas o favorables de la ley penal nueva. Pero como los medios idóneos para la debida aplicación de dicha ley son los establecidos en el nuevo Código de Procedimiento, si éstos se le niegan al reo —que es lo que está ocurriendo en los procesos iniciados antes del 1º de julio de 1938— el referido derecho puede llegar a ser írrito. Casos habrá en efecto en que por la falta de los elementos de juicio que solamente pueden adquirirse mediante la aplicación de la nueva ley procedimental, el reo tendrá que resignarse a sufrir el rigor de la ley penal antigua, si es que el Juez no aplica la nueva acomodándola al criterio objetivo del Código de 1890. Por ejemplo, la aplicación técnica del artículo 29 de la Reforma penal de 1936, requiere estudio científico de la personalidad del acusado y pluralidad de cuestionarios para los jueces de hecho que van a juzgarlo. Ni lo uno, ni lo otro puede lograrse sin acudir a las reglas de la ley procesal de 1938, que entró en vigencia simultáneamente con el Código Penal.

Las consideraciones anteriores ponen

de manifiesto que el referido artículo 722, en su parte acusada, ha creado una situación por varios aspectos violatoria de la norma consagrada en el inciso segundo del artículo 22 de la Carta y desde luego opuesta al principio de igualdad, en cuya virtud todas las personas tienen derecho a ser juzgadas con arreglo a unas mismas leyes. La igualdad ante la ley es, en los regímenes democráticos, un postulado jurídico anterior al derecho constituido que, como el de las formas esenciales del juicio, el legislador no puede desconocer sin quebrantar por su base el sistema de garantías constitucionales.

Conclusiones:

Primera. En lo relativo a las normas procesales de carácter sustantivo, la Corte encuentra fundada la segunda tesis de la demanda, que dice así: “El artículo 722 es inconstitucional en cuanto sustrae los procesos iniciados antes de la vigencia de la Ley 94 de 1938, de la aplicación de sus disposiciones en los casos en que son más favorables”.

Segunda. La regla acusada se conforma con el principio general de preexistencia de las leyes relativas al juzgamiento y no se opone a que en los procesos por delitos cometidos antes del 1º de julio de 1938, pero iniciados después, pudieran aplicarse disposiciones procesales sustantivas de la ley vigente al tiempo de la comisión del hecho, en la hipótesis de que el reo las invocare como más favorables. De consiguiente, por este aspecto el art. 722 no es inconstitucional.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, constituida en Sala Plena, oído el concepto del Procurador General de la Nación, y en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 149 de la Constitución,

Resuelve:

Es inexecutable el artículo 722 del nuevo Código de Procedimiento Penal únicamente en cuanto sustrae los procesos iniciados antes del 1º de julio de 1938, fecha

de su vigencia, de la aplicación de sus normas de carácter sustantivo, en los casos en que son más favorables al acusado que las reglas respectivas de la legislación anterior.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y comuníquese al Ministerio de Gobierno.

Juan A. Donado V.—José Miguel Arango—Campo Elías Aguirre—Aníbal Cardoso Gaitán—Isaías Cepeda—Liborio Escallón—Absalón Fernández de Soto—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Pedro León Rincón, Srio.

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

FILIACION NATURAL. — HISTORIA EVOLUTIVA DEL DERECHO SOBRE ESTA MATERIA EN FRANCIA.—CINCO CASOS EN QUE PERMITE LA LEY FRANCESA LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD. — HISTORIA SOBRE LA MATERIA EN COLOMBIA.— ANALOGIAS Y DIFERENCIAS ENTRE LAS DOS LEGISLACIONES. — EL ESTATUTO PATRIO NO SEÑALO TERMINOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCION DE INVESTIGACION. — LA MUERTE DEL PADRE NATURAL ES CAUSA DE EXTINCION DE ESA ACCION.—QUIEN ES LEGITIMO CONTRADICTOR, CONFORME A NUESTRA LEGISLACION, EN LA CUESTION DE PATERNIDAD.—INTERPRETACION DEL ARTICULO 12 DE LA LEY 45 DE 1936.—QUE INCIDENTES CABEN EN EL RECURSO DE CASACION. — PERSONERIA SUSTANTIVA

Dada la trascendencia del fallo sobre filiación natural de que fue autor el Magistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte, doctor Fulgencio Lequerica Vélez, y en atención, especialmente, a las instantes peticiones que nos han hecho de muchas partes del país y del exterior para la difusión de una doctrina que tiene fervorosos partidarios tanto como pugna-ces opositores, no vacilamos en publicarla nuevamente en el presente número de la *Gaceta Judicial*. A ello nos obligaba también los comentarios de los doctores Hernán Copete y Eduardo Zuleta Angel, que hemos colocado en las columnas editoriales.

LA DIRECCION

1.—Los cinco casos en que con criterio de justicia social admite la Ley 45 de 1936 la acción de investigación de la paternidad son similares en su esencia a los de la ley francesa de 1912, de suerte que las exposiciones de algunos expositores franceses tales como Jossierand, Planiol y Ripert, Colin y Capitant sobre el particular tienen

completa actualidad y aplicación al texto colombiano. Mas difieren las dos legislaciones en relación con los términos procesales para el ejercicio de la acción de estado y con la viabilidad y procedencia de la misma. Nuestra legislación no señala, como la francesa, términos perentorios para el ejercicio de la acción de investigación y, en cuanto a la viabilidad de la acción de investigación contra los herederos del presunto padre natural no es una misma la doctrina, pues en tanto que los tratadistas y la jurisprudencia franceses no admiten el fallecimiento del pretendido padre como causa extintiva del derecho del hijo, entre nosotros no cabe admitir lo mismo. Dentro del sistema normativo francés la doctrina y la jurisprudencia son rigurosamente lógicas. Tales doctrina y jurisprudencia, fundadas en el silencio de la ley francesa y en el señalamiento de plazos cortos prescriptivos, no pueden tener aplicación en nuestro país, dado que la ley colombiana se apartó en tales extremos de la francesa. Al efecto el estatuto patrio no fijó términos perentorios para el ejercicio de la acción; y en cambio la Ley 45 sí señaló de manera tácita o implícita la muerte del pa-

dre natural como causa de extinción de la acción.

2.—Los artículos 403 y 404 del Código Civil, a los cuales quiso darles estricta y obligatoria aplicación la ley 45 de 1936, son de tan diáfana claridad que no es necesario acudir a reglas complicadas de hermenéutica para conocer e interpretar su sentido. Estatuyen y consagran que en controversias de esta índole sólo es legítimo contradictor el padre contra el hijo o viceversa, y que siempre que esté comprometida la paternidad *"deberá intervenir el padre forzosamente"*. En consecuencia, siempre que en una cuestión esté comprometida la paternidad del hijo natural, deberá el padre intervenir, so pena de nulidad. Aunque la Corte comparte, en principio, la tesis general sobre la legitimidad de la personería de todo el que tenga interés jurídico sobre la materia, en perfecta armonía con ella acepta y sostiene que en estas acciones de investigación de la paternidad el Código colombiano ha sentado una expresa, definida y concreta excepción a ese principio general de derecho procesal. Tal excepción viene consagrada por los artículos 403 y 404 del C. C., sin que el más ilustrado y generoso criterio jurisprudencial pueda modificar la interpretación y alcance de esos textos legales. En ellos se ha dispuesto que sólo puede ser legítimo contradictor el padre, so pena de nulidad, y que los herederos únicamente representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia. No hay fuerza de dialéctica que tenga la operancia de obscurecer o modificar el sentido natural y obvio de tales preceptos, que establecen una norma procesal especial a esta clase de controversias sobre filiación. Y si el artículo 7º de la Ley 45 dispone perentoriamente que tales reglas del Código sean de obligatoria aplicación a los juicios de filiación natural, no es posible hacer un esguince a tan imperativos preceptos, para ir a derogarlos con el pretexto de darle aplicación a simples reglas de derecho procesal, que no se compadecen con nuestro sistema normativo en la materia.

3.—En el artículo 403 se reconoce como

exclusivo y legítimo contradictor en estos juicios al mismo padre, o a sus herederos o representantes, si fallece antes de fenecer el proceso. Si no fuera ésta la única interpretación que puede dársele al mencionado texto, quedaría sin sentido ni aplicación el artículo 404, en cuya virtud los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; lo que quiere decir que la acción tiene que iniciarse en vida del pretendido padre. Estima la Corte que al artículo 401 del C. C. no puede dársele otra interpretación distinta de la de que los fallos en esta clase de juicios deben siempre producir efectos obligatorios para toda persona, *"erga omnes"*, aunque no hayan estado representadas en el litigio, porque la naturaleza intrínseca de esta clase de controversias y la trascendencia de la declaración de filiación así lo exigen. Para esto sólo es necesario que se haya proferido la sentencia contra legítimo contradictor (artículo 402), pues bien claro resulta que si no existe en la parte opositora capacidad jurídica para ser parte, ningún resultado puede producir la declaración judicial de paternidad. Los fallos de filiación, para que prosperen, siempre han de seguirse contra legítimo contradictor, so pena de nulidad, y esos fallos siempre producirán efectos *"erga omnes"*.

4.—Estudiado detenidamente el precepto del artículo 12 de la ley 45 de 1936 puede apreciarse fácilmente que el legislador quiso darle al ministerio público la categoría de parte demandante, ya que sólo menciona a las personas que pueden promover la acción de investigación, entre las que incluye al Ministerio público.

5.—En el recurso de casación, por su naturaleza de extraordinario, tanto en su origen como en su jurisdicción y tramitación, no cabe otro incidente que el de recusación, pues todos los otros son impertinentes dentro de su rígida secuela. En caso de que exista alguna causal de nulidad, capaz de invalidar la actuación anterior de instancia, sólo es permitido presentarla como motivo consagrado en el inciso 6º del artículo 520 del C. J., si tal nulidad viene

determinada en el artículo 448 del mismo Código, para que se estudie y falle en la sentencia definitiva, calificadora del recurso.

6.—La capacidad de condición para ser parte se halla regulada, no en el Código Judicial, sino en ciertas normas de derecho sustantivo; el elemento referente al presupuesto procesal de la legitimidad en causa figura entre los requisitos previos que deben reunirse para poder obtener una decisión judicial de fondo; y en esa virtud, no puede aceptarse que constituyan medios nuevos en casación, porque los presupuestos procesales deben ser necesariamente materia de discusión en las instancias, dado que ellos vienen a ser como el andamiaje que sostiene la armazón del debate y deben quedar establecidos forzosamente por el demandante, si éste quiere obtener un fallo definitivo en el proceso.

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

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez)

Juicio ordinario

En escrito fechado el 27 de agosto de 1938 pide el doctor Sinforsoso G. Quiroga, como apoderado judicial de Jorge Horacio Osorio, que previos los trámites de un juicio ordinario y con citación de la señora Tomasa Calderón o Centeno, vecina del Municipio de Naranjal, se declare que su mandante Jorge Horacio Osorio es hijo natural del señor Mateo Calderón o Centeno y que tiene derecho para intervenir en el juicio de sucesión de éste, que cursa en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Garzón; y es éste el mismo funcionario judicial ante quien presenta la demanda mencionada.

Aduce como hechos básicos de la acción los siguientes, que pasan a extractarse:

1º Que en los años de 1913 a 1916 Mateo Calderón o Centeno mantuvo relaciones sexuales estables con la señora Bár-

bara Osorio, madre de su poderdante, hecho que fue de pública notoriedad en el Municipio de Naranjal;

2º Que durante esos mismos años y hasta el día de su muerte, Calderón permaneció en estado de soltería y en ese mismo estado vive todavía la señora Osorio;

3º Que desde el nacimiento, el vecindario de El Naranjal reputaba al niño Jorge Horacio Osorio como hijo de Mateo Calderón o Centeno, porque con frecuencia visitaba la casa de este señor, a quien designaba con el nombre de papá y de quien recibió atenciones como de hijo, en un período mayor de diez años;

4º Que después de algunos años, cuando Jorge Horacio tuvo edad competente, Calderón proveyó a su establecimiento y educación, colocándolo primero en el Colegio de La Mesa de Elías y después en el de Santa Librada de Neiva;

5º Que desde el nacimiento de Jorge Horacio en 1915, hasta la muerte de Calderón o Centeno en 1936, proveyó este señor a su sostenimiento y educación, reconociéndolo como hijo natural y presentándolo como tál ante sus amigos, deudos y relacionados.

La demandada negó el derecho del actor para establecer la acción propuesta y tampoco aceptó los hechos relacionados en el libelo, con excepción del segundo, pero sólo en lo referente al estado de soltería de Mateo.

Agotada la tramitación de instancia, el Juez a quo le puso término en sentencia de 6 de abril de 1938, en la cual hizo la declaración solicitada, de que Jorge Horacio Osorio es hijo natural de Mateo Calderón o Centeno, y que como tál, tiene derecho a intervenir en el juicio de sucesión de éste.

Funda esta decisión el Juez de primer grado en que consideró debidamente comprobados los hechos fundamentales de la demanda y la posesión notoria del estado civil de hijo natural que alegaba el actor.

En cuanto a la legitimidad de la personería sustantiva de la demandada Toma-

sa Calderón, el Juez la estimó suficientemente demostrada, y funda esta conclusión en los siguientes apartes de la sentencia:

“Cuando tal acción se encamina a que se declare judicialmente la paternidad natural, la demanda debe dirigirse contra el presunto padre, según el artículo 403 del C. C. en relación con el 7º de la Ley 45 de 1936. Pero si éste ha muerto, como sucede en el presente caso, la acción se endereza contra la sucesión—artículo 404 del C. C. y 7º de la Ley 45 citada — como sucede con todas las obligaciones demandables, pues la muerte de aquél no hace imposible la comprobación de la paternidad que se le imputa”.

“En el caso de autos Mateo Calderón o Centeno, presunto padre del demandante Osorio, murió en el año de 1936, según la partida de defunción presentada con la demanda. Esta se dirigió contra la señora Tomasa Calderón o Centeno, pero en el libelo no se dice si es heredera o sucesora de aquél. Mas como se trata de la declaración judicial de la paternidad natural y como muerto el presunto padre la demanda debe dirigirse contra sus herederos o sucesores, considera el suscrito Juez que debe entenderse que la señora Tomasa Calderón o Centeno ha sido demandada como representante del legítimo contradictor Mateo Calderón o Centeno, y así lo afirma en su alegato de conclusión el señor apoderado del demandante”.

La sentencia acusada

La parte opositora no se conformó con lo resuelto por el Juez de primer grado y apeló de esa providencia, para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. Tramitado el recurso, dicha Superioridad cerró la instancia por medio de sentencia fechada el 30 de mayo de 1939, en la cual confirma la declaración de hijo natural que a favor del actor Osorio hizo el Juez de primer grado.

En esta providencia, que viene a ser la acusada en casación, el Tribunal abundó en los mismos razonamientos que hizo el

Juez para estimar suficientemente demostrados los hechos fundamentales de la demanda, y en consecuencia, la condición de hijo natural declarada a favor del actor. Pero en lo atañadero a la personería sustantiva o capacidad para ser parte de la opositora, no hizo observación alguna al respecto, por lo que es de rigor deducir que prohibió en todas sus partes el razonamiento que sobre esta materia hizo el Juez a quo.

El recurso de casación

Contra el fallo antes mencionado se alzó en casación el apoderado de la opositora, y acusa la sentencia por estimar que inciden las causales sexta y primera del artículo 520 del C. J. Así expone el recurrente los motivos en que funda su acusación:

Sexta causal

Estima que la sentencia incurre en esta causal de casación por haberse dictado a pesar de la nulidad de que venía afectado el juicio, nulidad que hace consistir en no haberse citado a todos los que conforme a la ley debían concurrir a la controversia. Considera que debieron ser citados a este proceso: a) el padre presunto, porque siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad natural del hijo deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad. Como el pretendido padre no fue citado, ni podía serlo porque había muerto, el proceso nació afectado de nulidad, ya que, muerto el presunto padre, no hay contra quién accionar; y como consecuencia, el derecho a la acción del pretense hijo natural para hacerse declarar como tál, se extingue por este motivo.

b) Tampoco fue citado al juicio ni se le notificó ni dio traslado de la demanda al agente del Ministerio Público, según lo dispone el artículo 12 de la Ley 45 de 1936. Este precepto considera como parte en los juicios de filiación natural al agente del Ministerio Público y no dis-

tingue si tal intervención es exclusivamente en representación del demandante o si debe intervenir también como representante de la sociedad.

Estima infringidos por esta causal los artículos 403 y 404 del C. C., 7º y 12 de la Ley 45 de 1936 y 448 del C. J.

Primera causal

Primer motivo.—La sentencia fue dictada con audiencia de Tomasa Calderón de Hermida, llamada al juicio en su calidad personal y en nombre propio, pero no como heredera o representante del presunto padre natural. La apreciación que el Tribunal hizo de la demanda comporta un manifiesto error de hecho, pues ya se vio que en el libelo dicha señora fue llamada a responder en nombre propio y no como heredera de Mateo Calderón o como representante de éste. Con ese error violó la sentencia los artículos 403 y 404 del C. C. y 7º de la Ley 45 de 1936, que determinan quiénes son legítimos contradictores en esta clase de controversias.

Segundo motivo.—Aún en la hipótesis de que el actor hubiera llamado al juicio a Tomasa Calderón de Hermida, como heredera y representante de Mateo Calderón, no era dicha señora contradictor legítimo en el juicio, y no podía, por tanto, hacerse contra ella o con audiencia de ella la declaración de paternidad impetrada en la demanda. En apoyo de su tesis cita el recurrente la sentencia dictada por esta Sala el 24 de mayo de 1939; y agrega que aun cuando es verdad que la Corte, en la citada sentencia, enfocó restringidamente el problema de la personería en estos juicios a la parte actora o demandante, es incuestionable que la restricción que en ese fallo dedujo de las disposiciones legales allí citadas, es aplicable a ambas personerías, tanto de la que impetra la declaración de paternidad como de aquella contra la cual debe hacerse. Por este motivo de tacha considera infringidos directamente los artículos 403 y 404 del C. C. y 7º de la Ley 45 de 1936.

Tercer motivo.—Aún aceptándose que la opositora pudiera representar al padre fallecido, como heredera de éste, no está acreditado en la controversia el vínculo de parentesco que existía entre los dos.

Sostiene el recurrente que cuando el Tribunal dio por establecido ese parentesco con el auto de declaratoria de heredero dictado a favor de la demandada, incurrió en error de derecho en la apreciación de tal pieza del proceso, porque ese auto tiene un valor restringido al mismo juicio sucesorio en que se dictó y no tiene valor probatorio en ningún otro. No podrá sostenerse que los anteriores motivos de casación constituyen medios nuevos, inaceptables en esta clase de recursos, porque todos los extremos sobre que descansan las anteriores acusaciones, se refieren a la personería sustantiva del demandado o sea al presupuesto procesal de la legitimación en causa; y no se puede sostener que los presupuestos procesales no sean materia de discusión en las instancias, desde luego que ellos constituyen la base de la controversia y deben ser forzosamente establecidos por el demandante. Por este motivo de tacha considera violados los mismos preceptos antes citados.

Cuarto motivo.—Para decidir el Tribunal que el actor Osorio fue hijo natural de Mateo Calderón se limitó a la apreciación de las declaraciones de Daniel Penagos, Pedro Artunduaga y Jenaro Calderón. Quiere esto decir que para dar el Tribunal por establecida la filiación natural le basta que hubieran existido relaciones sexuales entre el supuesto padre y la madre del actor, y que Jorge Horacio hubiera nacido en fecha que haga presumir que fue concebido dentro de esas relaciones.

Agrega que según el artículo 4º de la Ley 45, no basta que tales relaciones hayan existido y que pueda presumirse la concepción dentro de ellas, sino que es necesario que las relaciones sexuales hayan sido estables y permanentes, sostenidas de manera notoria, circunstancias éstas en que no paró mientes el Tribunal.

Cometi6, por lo tanto, error de hecho evidente en la apreciaci6n de esas declaraciones y viol6 directamente el art6culo 46 de la Ley 45 tantas veces citada.

Quinto m6tivo. — El Tribunal acepta que con las declaraciones ya citadas y otras m6s, Jorge Horacio posey6 de modo notorio el estado civil de hijo natural de Mateo Calder6n. Seg6n el art6culo 66 de la Ley 45, se posee tal estado cuando el respectivo padre o madre, en calidad de t6l ha provisto a la subsistencia, educaci6n y establecimiento del respectivo hijo natural. Es indudable que el Tribunal incurri6 en error de hecho evidente en la apreciaci6n de tales declaraciones y en error de derecho al apreciar como prueba suficiente de la paternidad natural una posesi6n de estado que no se prolong6 por los diez a6os continuos que exige la ley. Por este concepto estima violados directamente los art6culos 398 del C. C., 46 y 76 de la Ley 45 de 1936.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

Cuesti6n previa

No hay nulidad de lo actuado en este recurso de casaci6n, porque si bien el art6culo 12 de la Ley 45 de 1936 se6ala como parte en esta clase de juicios al Ministerio P6blico, si se estudia detenidamente tal precepto puede apreciarse f6cilmente que el legislador quiso darle la categor6a de parte demandante, ya que s6lo menciona a las personas que pueden promover la acci6n de investigaci6n, entre las que incluye al Ministerio P6blico. Ahora bien, en este proceso el Ministerio P6blico no asumi6 ese car6cter de parte actora, sino que ha iniciado y continuado la acci6n el ciudadano que aspira a que, por la v6a judicial, se le reconozca ese estado civil. De manera que en este proceso es de rigor concluir que el Ministerio P6blico no es propiamente parte, ni con 6l se ha trabado directa y exclusivamente la litis pendencia. Fuera de lo dicho, el se6or Procurador Delegado en lo Civil recibid6 el traslado de la demanda de ca-

saci6n y present6 un extenso y documentado alegato de oposici6n al recurso; de tal forma que el representante de la sociedad no ha quedado fuera del debate ni ha sufrido ning6n quebranto en los intereses sociales que representa.

Adem6s, en el recurso de casaci6n, por su naturaleza de extraordinario, tanto en su origen como en su jurisdicci6n y tramitaci6n, no cabe otro incidente que el de recusaci6n, pues todos los otros son im pertinentes dentro de su r6gida secuela. En caso de que exista alguna causal de nulidad, capaz de invalidar la actuaci6n anterior de instancia, s6lo es permitido presentarla como motivo consagrado en el inciso 66 del art6culo 520 del C. J., si tal nulidad viene determinada en el art6culo 448 del mismo c6digo, para que se estudie y falle en la sentencia definitiva, calificadora del recurso.

— I —

Al estudiarse los cargos formulados en casaci6n, reclama el primer lugar, dentro del orden l6gico que estatuye el art6culo 520 del C. J., aquel que mira a la personer6a sustantiva o capacidad para ser parte de quien figura como opositora en este negocio, que en realidad se refiere a la condici6n que debe llenar el litigante para poder ser sujeto de un proceso. Antes de entrar en el fondo de esta cuesti6n controvertida conviene sentar dos premissas fundamentales, a saber: a) Que esa capacidad de condici6n para ser parte se halla regulada, no en el C6digo Judicial, sino en ciertas normas del derecho sustantivo; b) Que el elemento referente al presupuesto procesal de la legitimidad en causa figura entre los requisitos previos que deben reunirse para poder obtener una decisi6n judicial de fondo; y en esa virtud, no puede aceptarse que constituyan medios nuevos alegados en casaci6n, porque los presupuestos procesales deben ser necesariamente materia de discusi6n en las instancias, dado que ellos vienen a ser como el andamiaje que sostiene la armaz6n del debate y deben quedar esta-

blecidos forzosamente por el demandante, si éste quiere obtener un fallo definitivo en el proceso.

Definida tal cuestión, entra la Corte a estudiar la acusación presentada contra la sentencia de instancia, en el segundo motivo de la causal primera, que se hace consistir, como viene dicho, en la falta de capacidad jurídica de la demandada para ser parte en este juicio de filiación. Concreta el recurrente su tacha manifestando que, aun en la hipótesis de que se hubiera llamado a juicio a Tomasa Calderón o Centeno, como heredera y representante de Mateo Calderón, no era dicha señora contradictor legítimo en el juicio, y no podía hacerse contra ella o con audiencia de ella la declaración de paternidad natural imputada por el actor Jorge Horacio Osorio, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 403 y 404 del C. C., en relación con el 7° de la Ley 45 de 1936.

— I I —

La Corte considera:

- Filiación natural. Evolución del Derecho en esta materia.

A) — EN FRANCIA

A través del derecho feudal europeo se halla reconocido y consagrado el principio de la libre investigación de la paternidad, como un postulado de derecho natural que inclina fatalmente a los seres a buscar y conocer a sus progenitores.

Así lo consagró el derecho francés de la antigua monarquía, pero tal régimen de la libre investigación de la paternidad vino a ser abolido por la Revolución Francesa, en la ley del 12 de Brumario, año II, promulgada por la Convención revolucionaria, que así procedió a pesar de haber sentado principios rígidos de justicia social e igualdad jurídica y de haber abolido todas las prerrogativas del sistema feudal.

Las razones que asistieron a la Convención para proceder con tan severo crite-

rio nos las explican los expositores Planiol y Ripert en su "Traité Elementaire de Droit Civil", en esta forma: "En el antiguo Derecho, hasta la Revolución, la investigación de la paternidad era libre, aunque con fines distintos de los actuales, porque los bastardos carecían de derechos sucesorales: se dirigía al único objeto de obtener alimentos. Sin embargo, las acciones de investigación eran frecuentes. Los procesos de este género vinieron a ser, según la expresión de Bigot du Prea-meneu, el azote de la sociedad. Tronchet refirió que las muchachas que querían dar un padre a sus hijos, perseguían al más rico de los que las habían frecuentado. Cuando una muchacha se declaraba en cinta e indicaba un hombre como el autor de su embarazo, ese hombre era condenado sin remedio, con la simple afirmación de ella, a proveer provisionalmente a los gastos del parto de la madre y al mantenimiento del hijo. De ahí el adagio: *Virgini praegnati creditur*".

Expirada en Francia la etapa revolucionaria, el Código de Napoleón de 1804 consagró el mismo criterio revolucionario, al prohibir en el artículo 340 la libre investigación de la paternidad ilegítima, con la única excepción del caso del rapto. Al decir de los principales redactores de tan famosa obra, el antiguo sistema deshonoró la justicia y asoló la sociedad. Tal norma prohibitiva se mantuvo en Francia hasta 1912, en que — atendiéndose a la opinión expresada por tratadistas y tribunales contra la inflexibilidad de la prohibición — se dictó la Ley de 16 de noviembre de 1912, que autoriza la investigación de la paternidad en cinco casos, aunque manteniendo implícitamente la prohibición en principio.

El eminente expositor Luis Josserand explica en su "Cours de Droit Civil Français" tal evolución de derecho francés en materia de investigación de la paternidad. Dice así: "En nuestro antiguo Derecho la investigación de la paternidad era libre, y aun cuando no podía aspirarse a recoger una herencia, puesto que en aquella época no heredaban los bastardos,

se utilizó de manera muy frecuente y abusiva. Por eso el derecho intermedio tuvo que reaccionar prohibiendo la investigación de la paternidad natural. El Código Civil siguió al derecho revolucionario en el sentido en que se había orientado. . . . La Jurisprudencia no podía hacer cosa distinta de inclinarse ante la prohibición formulada por razones de orden público. . . . Una campaña de protesta se inició contra el régimen del Código Civil, que consagraba el derecho del más fuerte, por escritores, dramaturgos, sociólogos y moralistas. Esta campaña tuvo su culminación en 1912, en que vino a autorizarse la investigación de la paternidad natural. . . . Esta ley, con espíritu de moderación de humanidad y de justicia, realiza una transacción aceptable entre los intereses antagónicos que se enfrentan en las relaciones extramatrimoniales. El dogma de la irresponsabilidad del padre natural se quebranta, sin que se abra la puerta a los abusos y a las tentativas de chantage. . . . La Ley de 1912 no cambió completamente la situación anterior; no abolió la regla que prohíbe la investigación de la paternidad natural. Se limitó a consagrar importantes derogaciones al principio; pero la base no se cambió, y por consiguiente, la Ley de 1912 requiere interpretación restrictiva". (Págs. 679 a 681).

Los cinco casos en que permite la ley francesa de 1912 la investigación de la paternidad, son los siguientes:

"1° En caso de rapto o de violación, cuando la época del rapto o de la violación coincide con el de la concepción;

"2° En el caso de seducción realizada mediante actos dolosos, abuso de autoridad, promesa de matrimonio o de esponsales, si existe un principio de prueba por escrito, según indica el artículo 1347;

"3° En el caso de que existan cartas u otro escrito privado cualquiera del presunto padre y de los cuales resulte una confesión inequívoca de paternidad;

"4° En el caso de que el pretenso padre y la madre hayan vivido en concubinato notorio durante el período legal de la concepción;

"5° En el caso de que el pretenso padre haya provisto o participado, en calidad de padre, al mantenimiento y educación del hijo".

Comentando Planiol y Ripert esta reforma y la nueva redacción del artículo 340 del Código Francés, dicen que "la enumeración legal es limitativa y los Tribunales no pueden declarar arbitrariamente una filiación fuera de los casos previstos".

B) EN COLOMBIA

Calcado nuestro Código Civil en el proyecto primitivo de don Andrés Bello, todo su ordenamiento fue inspirado en el Código de Napoleón, la legislación canónica y el antiguo derecho español. Bajo tales influencias dividió la progenie en dos clases: hijos legítimos e ilegítimos, y dentro de éstos los de dañado y punible ayuntamiento, los naturales (ilegítimos reconocidos) y los simplemente ilegítimos. Eran hijos naturales los nacidos fuera del matrimonio, pero reconocidos por sus padres o por uno de ellos, reconocimiento que debía hacerse por instrumento público entre vivos o por acto testamentario. (Artículo 318 del C. C. derogado por el artículo 65 de la Ley 153 de 1887).

Nuestro código no quiso adoptar el sistema prohibitivo del francés en lo relativo a la investigación de la paternidad, y, separándose de tales influencias, adoptó el principio contrario, de la libertad de investigación. Al efecto, todo hijo nacido fuera de matrimonio y no reconocido voluntariamente por sus padres, en la forma anterior, podía hacer que su padre o madre lo reconociera, haciéndolo citar ante el Juez para que, bajo juramento, declarara sobre la pretendida paternidad. Tal investigación podía solicitarla el mismo hijo natural personalmente o por intermedio de cualquier persona que probara haber cuidado de su crianza. (Artículo 319 a 323 del C. C. derogados por artículo 65 de Ley 153 de 1887).

Pero conviene advertir que tanto el reconocimiento voluntario de los padres naturales, como la declaración judicial de

paternidad, estaban destinados a producir en el sistema de nuestro código limitados efectos jurídicos, tales como el deber de los padres de cuidar personalmente de sus hijos y atender a los gastos de crianza y educación, incluyéndose en esta última la enseñanza primaria y el aprendizaje de una profesión u oficio (artículos 333 y 334 del C. C. derogados por el artículo 75 de Ley 153 de 1887).

La Ley 153 de 1887 incorporó en nuestra legislación civil modificaciones sustanciales al régimen consagrado por el Código en materia de filiación ilegítima. Ante todo, sólo otorgaba la condición y prerrogativas de hijo natural al nacido fuera del matrimonio que no proviniera, a la vez, de dañado ayuntamiento; quedando éstos, es decir, los adulterinos e incestuosos, al margen de toda protección de la ley, salvo la excepción del artículo 66 de la Ley 153 de 1887 respecto de los alimentos.

Igualmente adoptó este nuevo estatuto el sistema del Código francés, consagrando que el reconocimiento era un acto libre y voluntario del padre o de la madre que reconoce; lo que equivale a prohibir implícitamente la investigación de la paternidad en las uniones ilegales. Cuando el reconocimiento provenía de un acto voluntario, debía hacerse por instrumento público o por acto testamentario; debía ser aceptado o repudiado por el hijo; podía ser impugnado por toda persona que probara tener interés actual en ello; y tampoco debía producir otros efectos que los de cuidar personalmente de los hijos naturales y atender a los gastos de su crianza y alimentación, incluidos los de la enseñanza primaria y el aprendizaje de una profesión u oficio. (Artículos 54 a 59, 61 y 62 de Ley 153 de 1887).

Una sola excepción vino a consagrarse dentro de este nuevo régimen prohibitivo de la investigación de la paternidad, en el artículo 7º de la Ley 95 de 1890, al sentar la presunción de reconocimiento por parte de la madre respecto de los hijos concebidos por ella siendo soltera o viuda, los que en consecuencia tendrían el ca-

rácter de naturales con relación a su madre.

Este régimen restrictivo de la investigación perduró hasta que vino a ser modificado por el actual estatuto, consagrado en la Ley 45 de 1936, que autoriza la investigación y la consiguiente declaración judicial de la paternidad en determinados casos, taxativamente señalados en el artículo 4º de esta ley.

En virtud de la Ley 45 se abolieron las distinciones existentes entre hijos de dañado ayuntamiento, naturales o simplemente ilegítimos, considerándose genéricamente como naturales los habidos fuera de matrimonio, cuando hayan sido reconocidos o declarados tales con arreglo a las normas de la misma ley.

— III —

Analogías y diferencias existentes entre las dos reformas.

Los cinco casos en que con criterio de justicia social admite la Ley 45 de 1936 la acción de investigación de la paternidad son similares en su esencia a los ya transcritos de la ley francesa de 1912, y por eso no es necesario reproducirlos. De tal analogía se desprende que los comentarios que hacen los expositores franceses Jossierand, Planiol y Ripert, Colin y Capitant, al rededor de los fundamentos de esas causales de investigación, tienen completa actualidad y aplicación al texto colombiano. No es en esta materia donde la Corte considera que debe separarse del ilustrado criterio de tan doctos tratadistas, sino en otras en que sí existe positiva diferencia entre las dos reformas, porque la ley colombiana quiso consagrarlas...

Tales diferencias se refieren a dos extremos fundamentales, a saber: a) Términos procesales para el ejercicio de la acción de estado; b) Viabilidad y procedencia de la misma.

A) Ejercicio de la acción de estado.

Es esta la primera cuestión en que la reforma colombiana se apartó de la francesa, porque mientras nuestra Ley 45 no señaló términos perentorios y especiales para el ejercicio de la acción de investigación, sí los señaló el ordenamiento francés de 1912, determinando así estos plazos: dos años para la madre o el tutor dativo, que se cuentan desde la fecha del parto, si no ha habido concubinato notorio (ordinal 11); en caso de haber existido éste o cuando el padre ha contribuido al mantenimiento o educación del hijo, los dos años se cuentan desde la cesación de las relaciones (ordinal 12); si la acción no ha sido intentada durante la menor edad, tiene el hijo un año para promoverla, contado desde cuando llegue a la mayor edad (ordinal 13).

Colin y Capitant, en su "Cours de Droit Civil", explican de esta manera el fundamento de tales plazos restrictivos señalados por la ley francesa para el ejercicio de esta acción: "La Ley de 16 de noviembre de 1912 ha incluido igualmente en un plazo bastante breve el ejercicio de la acción que en ella se organiza. Considera que importa no dejar al pretendido padre bajo la amenaza indefinida de un proceso. Por otra parte, las legislaciones extranjeras señalaron el camino a la nuestra concediendo un plazo bastante corto a la investigación (Suiza e Inglaterra: un año; Bélgica: tres años; Holanda y Alemania: tres años)".

Esta marcada diferencia existente entre la ley francesa y la nuestra, tiene trascendental importancia para poder apreciar con toda claridad por qué en Francia sí se puede enderezar esta acción contra los herederos o causahabientes del padre fallecido, y en Colombia no es esto posible, dentro del ordenamiento legal que rige esta materia. Esto se explica, entre otras razones que luégo se expondrán, porque en la ley francesa los plazos breves y perentorios señalados para el ejercicio de la acción, no pueden modificarse ni menos suspenderse o extinguirse por

la muerte del padre; de ahí que con la más rigurosa lógica los tratadistas y la jurisprudencia francesa no admitan el fallecimiento del pretendido padre como causa extintiva del derecho del hijo, cuando esta muerte ocurre pendientes aún los términos legales para el ejercicio de la acción.

B) Viabilidad y procedencia de la acción de estado.

El señor Procurador Delegado en lo Civil sostiene la tesis contraria a la expuesta, y arguye que en Colombia también es viable la acción de investigación contra los herederos del presunto padre, fallecido antes. Se funda en el concepto de ilustrados comentadores franceses, y transcribe el de Savatier, quien, en su obra "La Recherche de la Paternité", sostiene que, aunque la muerte del presunto padre hace más difícil la situación procesal de la parte demandada, no se opera la extinción de la acción porque la ley francesa nada en contrario estatuye sobre el particular, y porque siendo taxativa la inadmisibilidad, no se puede suplir por interpretación el silencio de la ley.

Considera la Corte que dentro del sistema normativo francés son rigurosamente lógicos los anteriores comentarios. Pero tal doctrina y jurisprudencia, fundados en el silencio de la ley francesa y en el señalamiento de plazos cortos prescriptivos, no pueden tener aplicación en nuestro país, dado que la ley colombiana se apartó en tales extremos de la francesa. Al efecto el estatuto patrio no fijó términos perentorios para el ejercicio de la acción; y en cambio —éste es el argumento básico de la tesis sustentada en este fallo— la Ley 45 sí señaló de manera tácita o implícita la muerte del padre natural como causá de extinción de la acción, como pasa a demostrarlo la Sala.

El artículo 7º de la Ley 45 de 1936 dispone que son aplicables a las controversias sobre filiación natural los artículos 401, 403 y 404 del C. C. Estos dos últimos preceptos son de este tenor:

Artículo 403. "Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre

contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de paternidad es el padre tra la madre o la madre contra el hijo”.

“Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo, deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad”.

Artículo 404. — “Los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; y el fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de ellos, aprovecha o perjudica a los coherederos, que, citados, no comparecieron”.

Los anteriores textos son de tan diáfana claridad que no es necesario acudir a reglas complicadas de hermenéutica para conocer e interpretar su sentido. Estatuyen y consagran que en controversias de esta índole sólo es legítimo contradictor el padre contra el hijo o viceversa, y que siempre que esté comprometida la paternidad “deberá intervenir el padre forzosamente” (subraya la Corte), so pena de nulidad.

Es evidente que esos preceptos del Código Civil fueron dictados para regular los litigios sobre filiación en general; pero como la Ley 45, que viene a reglamentar la filiación natural sobre nuevos postulados de justicia social, estimó prudente darles estricta y obligatoria aplicación en controversias de esta última naturaleza, ningún recurso de sana lógica puede ofrecer otra interpretación, distinta a la de que son obligatoriamente aplicables al caso de autos; en consecuencia, siempre que en una cuestión esté comprometida la paternidad del hijo natural, deberá el padre intervenir, so pena de nulidad.

Sostiene el Procurador Delegado, en su memorial de oposición, que tal interpretación dada al artículo 7º de la Ley 45 de 1936 es fruto del criterio exegético, porque “es norma de derecho procesal que puede ser sujeto pasivo de una acción civil todo aquel que ostente un interés jurídico en la oposición. Para que el ejercicio de una acción civil se sustraiga a esta norma general —agrega— es indis-

pensable que un precepto expreso y claro de la ley así lo establezca. Un precepto tal es de excepción y de limitada interpretación y aplicación”. Más adelante dice: “No hay texto legal claro y expreso que consagre la extinción de la acción en referencia por muerte del pretendido padre. El recurrente saca esta conclusión interpretando extensivamente los artículos 403 y 404 del C. C. Pero según lo anteriormente dicho, tratándose de un caso de excepción a las reglas generales del derecho procesal, toda interpretación ha de ser restringida”.

Considera la Corte que carece de fundamento la glosa que hace el representante del Ministerio Público, de que se aplica un criterio exegético al aceptarse la anterior conclusión. Comparte, en principio, la tesis general que acaba de transcribirse sobre legitimidad de la personería de todo el que tenga interés jurídico; y en perfecta armonía con ella, acepta y sostiene que en estas acciones de investigación de la paternidad el Código colombiano ha sentado una expresa, definida y concreta excepción a ese principio general de derecho procesal, de que todo el que tenga interés jurídico en los resultados judiciales de una acción, puede accionar u oponerse en el respectivo proceso. Tal excepción viene consagrada por los arts. 403 y 404 del C. C., sin que el más ilustrado y generoso criterio jurisprudencial pueda modificar la interpretación y alcance de esos textos legales. En ellos se ha dispuesto que sólo puede ser legítimo contradictor el padre, so pena de nulidad, y que los herederos únicamente representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia. No hay fuerza de dialéctica que tenga la operancia de obscurecer o modificar el sentido natural y obvio de tales preceptos, que establecen una norma procesal especial a esta clase de controversias sobre filiación. Son preceptos de excepción, es verdad; y limitados como se quiera en su interpretación y aplicación, siempre conducen, dentro del criterio hermenéutico más científico, a limitar en estos juicios el papel de

opositor al padre, contra quien debe en-
derezarse la demanda e iniciarse, cuando
menos, el litigio.

Y si el artículo 7º de la Ley 45 dispone
perentoriamente que tales reglas del Có-
digo sean de obligatoria aplicación a los
juicios de filiación natural, no es posible
hacer un esguince a tan imperativos pre-
ceptos, para ir a derogarlos con el pretex-
to de darle aplicación a simples reglas de
derecho procesal, que no se compadecen
con nuestro sistema normativo en la ma-
teria.

Considera el vocero del Ministerio Pú-
blico que admitir el término extintivo de
la acción de investigación de la paterni-
dad es ir contra los fines sociales de la
ley, que los consagra con absoluta inde-
pendencia de la voluntad del padre. A ta-
les observaciones observa así la Corte:

a) La ley francesa, que en parte se
tuvo en cuenta al dictarse la Ley 45, es-
tableció, esa sí, términos cortos de pres-
cripción de tal acción, "para no abrirle la
puerta a los abusos y a las tentaciones de
chantage", como dice Josserand; de don-
de se desprende que el pensamiento de
los autores del sistema no era crear un
medio de investigación judicial que some-
tiera sin restricciones al presunto padre
o a sus herederos o causahabientes a las
amenazas de una inquisición indefinida;
b) Limitar implícitamente su ejercicio a
la vida del pretendido padre no es some-
ter a su voluntad los resultados del pro-
ceso, porque éste no tiene poder de limi-
tar su existencia, que puede ser longeva;
c) El alto fin social de la Ley 45 es pro-
teger a la prole extramatrimonial y
desamparada, tutelándola contra el aban-
dono paterno o el olvido de elementales
deberes impuestos por la naturaleza; pero
tal protección no debe extravasar los lí-
mites de la necesidad, ni convertirse en
constante amenaza de la familia, otorgán-
dole a los aspirantes temerarios de heren-
cias un instrumento eficaz para pertur-
bar el ritmo de los hogares, cuando una
vez fallecido el presunto padre, se hace
más difícil y expuesta a errores la inves-
tigación de la paternidad.

De allí que las legislaciones más avan-
zadas, como las de Francia, Suiza, Ho-
landa, Bélgica, Inglaterra y Alemania,
hayan establecido plazos precisos y cortos
para la extinción de la acción, a efecto de
concretar el debate dentro de limitacio-
nes cronológicas que hagan factible la in-
vestigación de la paternidad. La ley co-
lombiana no ha fijado términos especia-
les para su ejercicio, pero estimó necesá-
rio la presencia del pretendido padre en
el debate, y por eso actualizó para estos
casos la aplicación de los artículos 403 y
404 del C. C.

Hay otro argumento del Procurador
Delegado que conviene estudiar para apre-
ciar su carencia de operancia al caso de
autos. Dice que el legítimo contradictor
de que habla el artículo 403 "considerado
en la persona física del pretendido padre,
es únicamente para los efectos jurídicos
procesales de que tratan los dos artículos
anteriores a saber, para que el fallo sobre
filiación produzca efectos erga omnes, y
no únicamente respecto de las personas
que han intervenido en el juicio".

No alcanza a ver la Corte en qué funda
esta trascendental distinción el señor Jefe
del Ministerio Público al sostener que un
fallo judicial sobre filiación solamente
produce efectos erga omnes cuando se
dicta contra el padre como legítimo con-
tradictor; pero que ese mismo fallo pro-
duce efectos limitados a las partes cuan-
do se pronuncia contra los herederos o re-
presentantes del pretendido padre. Bien
estudiados tales preceptos se ve que no
consagran ellos tan importante diferen-
ciación sobre las resultas del proceso; y
donde la ley no distingue, no le es lícito
hacerlo al juzgador.

Lo que se desprende de tales preceptos
es una consecuencia jurídica bien distinta
de la deducida. En el artículo 403 se re-
conoce como exclusivo y legítimo contra-
dictor en este juicio al mismo padre, o a
sus herederos o representantes, si fallece
antes de fenecer el proceso. Si no fuera
esta la única interpretación que puede
dársele al mencionado texto, quedaría sin

sentido ni aplicación el artículo 404, en cuya virtud los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; lo que quiere decir que la acción tiene que iniciarse en vida del pretendido padre.

Estima la Corte que al artículo 401 del C. C. no puede dársele otra interpretación distinta de la de que los fallos en esta clase de juicios deben siempre producir efectos obligatorios para toda persona aunque no hayan estado representadas en el litigio, porque la naturaleza intrínseca de esta clase de controversias y la trascendencia de la declaración de filiación así lo exigen. Para esto sólo es necesario que se haya proferido la sentencia contra legítimo contradictor (artículo 402); pues bien claro resulta que si no existe en la parte opositora capacidad jurídica para ser parte, ningún resultado puede producir la declaración judicial de paternidad. Quiere esto decir que con tales preceptos sólo se ha querido consagrar una excepción a lo establecido en los artículos 17 del C. C. y 473 del C. J., que limitan los efectos relativos de los fallos judiciales respecto de las personas que han intervenido en el proceso. Los de filiación, para que prosperen, siempre han de seguirse contra legítimo contradictor, so pena de nulidad, y los fallos siempre producirán efectos erga omnes.

— IV —

Las relaciones del progenitor al procreado comprenden como es obvio dos términos o factores esenciales, el del padre y el del hijo, y entrañan dos fenómenos legales: la paternidad respecto del primero, la filiación respecto del segundo.

Estos dos fenómenos se traducen o dan nacimiento al ejercicio de las acciones judiciales correspondientes, que pueden dividirse en dos grandes categorías: a) la de impugnación del estado civil del hijo legítimo, estado constituido, y b) la encaminada a obtener un estado civil no constituido previamente. Como ejemplo de la primera categoría está la impugna-

ción de la legitimidad del hijo; como ejemplo de la segunda, la investigación y declaración de la paternidad natural.

En el primer caso se parte de la existencia de un acto normal y legal, el matrimonio, que con su presunción *pater is est quem nuptiae demostrant*, ampara y cobija la legitimidad de los hijos nacidos de esa unión normal y permanente por su naturaleza. De ahí que sólo destruída tal presunción, surja la ilegitimidad del hijo. La regla, pues, en el matrimonio es la legitimidad; la excepción, la ilegitimidad.

En las uniones libres en donde no se presume legalmente la fidelidad de la mujer y que no son permanentes por su naturaleza, y esto es lo que distingue el matrimonio del concubinato, según apuntan los autores, el fruto de aquéllas, no puede adquirir el estado civil de hijo natural, por presunción, que ampare esa unión, sino que es preciso por medio de pruebas adecuadas, convertir el estado civil o situación irregular o anormal, que esa sí se presume, en un estado civil regular, el de hijo natural, el cual pasa, en ese caso, a un estado civil constituido, dejando cuando eso suceda su condición de ilegítimo.

Las acciones comprendidas en las dos categorías anteriores, son restrictas, por su naturaleza, desde el punto de vista del tiempo y de las personas que pueden ejercitarlas, y entrañando cuestiones de orden público que van anexas a la tranquilidad y seguridad de la familia, se diferencian, en su ejercicio y hasta en su modo probatorio, de las demás acciones legales, diferencia principal que consiste en que el principio de que toda persona que tiene un interés jurídico, puede ejercitar la acción correspondiente, tiene una marcada excepción.

Esa es la razón por la cual el legislador colombiano, teniendo en cuenta los anteriores principios, sienta la norma del legítimo contradictor en los juicios tanto de impugnación de la legitimación, estado constituido, como en los de declara-

ción de la calidad natural de un hijo, estado no constituido.

Mas no paran aquí las diferencias de las acciones de estado civil a que se viene haciendo referencia, con las demás acciones legales, sino que aquellas tienen una configuración jurídica que le es propia y exclusiva.

En primer término, no pudiendo hacer nada de lo relacionado con el estado civil de las personas materia de transacción ni menos de cesión, los derechos emanados de ese estado no pueden cederse ni tampoco ser ejercitados por personas diferentes de quienes tienen esa calidad, lo cual no pasa con los derechos emanados de las demás acciones. El estado civil de las personas lo regula la ley, y los particulares no pueden a ese respecto sino someterse al estatuto, porque no dependen de la autonomía de la voluntad; al paso que los actos jurídicos entran dentro de la esfera de esa autonomía, y por eso los particulares pueden regularlos, no teniendo como límite sino el orden público o las buenas costumbres.

El estado civil de las personas no se adquiere ni se pierde por prescripción, puesto que lo que existe al respecto es el plazo legal que hace imposible, ya la acción de impugnación, ya la de reconocimiento de la calidad de hijo natural,—como sucede en la legislación francesa—, plazo establecido por motivos de seguridad social, imposible como es mantener al respecto un estado de cosas de carácter indefinido.

No siendo transmisibles las acciones de estado civil ni este estado mismo, los herederos de un causante no adquieren la personería de aquél para reclamar un estado civil que éste no reclamó, ni están sujetos a las controversias a que pudo estar sometido su causante en vida, por una reclamación de estado civil a favor o en contra de él.

Esto depende del carácter estrictamente personal de las acciones derivadas del estado civil y de que éste termina con la muerte de la persona; las obligaciones transmisibles de un causante son las preconstituídas por éste, bien por su propia

voluntad, ya por ministerio de la ley, pero nunca las de su estado civil.

Por eso no vacilan los autores y la jurisprudencia en sostener que muerto el hijo que tenía acción para investigar la paternidad, sus herederos no heredan esa acción, y así lo ha sostenido esta Corte en sentencia de fecha 24 de mayo de 1939.

Las sentencias que fallan sobre un estado civil producen efectos erga omnes, o sea, que quien adquiere ese estado resulta vinculado no solamente con su padre sino con los parientes de éste; por el contrario, quien lo pierde, cuando el fallo es sobre impugnación, esa relación de parentesco que existía antes se extingue no sólo respecto del padre sino de los parientes de éste.

No puede por eso sostenerse que el reconocimiento de un estado civil, como el de hijo natural, no tiene sino efectos meramente patrimoniales y no constituye una vinculación de parentesco sino respecto del padre, porque el estado civil tiene una trascendencia mucho mayor que el concepto patrimonial, puesto que abarca y comprende las relaciones de familia. No se comprende en verdad como establecida la filiación natural de un hijo por un fallo judicial, pudiera éste contraer matrimonio con una de las hijas del padre a quien se le ha impuesto ese reconocimiento. Además, el concepto patrimonial, considerado en sí mismo, no constituye un deber del padre respecto de los hijos, porque si el padre está obligado a alimentar, corregir y educar a éstos, no está obligado a dejarles bienes que formen luego la masa herencial.

Siendo tan grave y trascendental la impugnación de un estado civil o la constitución de otro distinto del actual que se posee, y diciendo esta constitución una relación directa entre progenitor y procreado, la intervención del primero, sea como demandante, sea como demandado, es de todo punto necesaria e indispensable. Por eso los dos factores que constituyen la relación de paternidad y filiación deben intervenir en esta clase de juicios, y sería muy grave y funesto para las re-

laciones de familia sostener lo contrario, pues se llegaría a que extraños pudieran venir a crear una relación de esa clase, que no compete sino a los ligados entre sí por una relación de parentesco.



Del estudio que acaba de hacerse deduce la Corte la conclusión de que estas acciones de estado relativas a la filiación, denominadas acciones de investigación o de declaración de la paternidad o de la maternidad, no pueden ejercitarse como generalmente sucede con las demás acciones judiciales, por todo el que tenga un interés en ella; ni tampoco puede ser sujeto pasivo de una acción de estado sobre filiación todo aquel que ostente un interés jurídico en la oposición; porque si bien es verdad que esa es la regla ordinaria de nuestro derecho procesal, en el ejercicio de estas acciones de estado debe aceptarse tal excepción, por razones éticas de orden superior estrictamente vinculadas a la tranquilidad familiar y a la buena organización social, que llegan a asumir el carácter de motivos de orden público.

De manera que el principio general procesal de que todo interesado puede accionar o ser opositor con legítima personería, sufre una excepción en estos juicios de filiación, porque la ley expresamente ha reservado, como viene ya visto, tanto el ejercicio de las acciones de estado como la personería sustantiva del demandado a determinadas personas y lo niega a otras, estatuyendo en este caso que sólo puede ser legítimo contradictor el hijo contra el padre o el padre contra el hijo. El acceso a la vía legal, cuando se trata de obtener judicialmente una declaración o reconocimiento de paternidad, sea legítima o ilegítima, está expresamente reservado en nuestra legislación civil al hijo que la solicita, con audiencia del padre o madre que se opone. Si no va enderezada contra éstos directamente, y los tales no han sido notificados de la demanda

o comparecido antes de fallecer, tal acción no puede prosperar, porque una decisión contraria equivaldría a desconocer lo consagrado de manera terminante por los artículos 403 y 404 del C. C., que vienen a tener plena aplicación y procedencia en juicios de filiación natural, por mandato del artículo 7° de la Ley 45 de 1936.

Fallo:

Resulta de lo expuesto que al pronunciar la sentencia acusada la declaración de paternidad natural a favor de Jorge Horacio Osorio, con citación de la demandada Tomasa Calderón de Hermida, aun aceptándose que ésta fuera llamada al juicio como heredera o representante de Mateo Calderón, violó por infracción directa los artículos 403 y 404 del C. C., en relación con el 7° de la Ley 45 de 1936, desde luego que en un proceso como éste sólo podía ser legítimo contradictor el presunto padre. De tal violación se desprende la ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte opositora, causal de tacha señalada en el segundo motivo de la demanda de casación. Es de rigor quebrar la sentencia que ha sido acusada, y, al entrar la Corte a actuar como Tribunal de instancia, absolver a la demandada, por carecer de capacidad jurídica para ser parte en un juicio de esta índole.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva el día 30 de mayo de 1939, y previa revocatoria de la de primer grado, pronunciada por el Juez 1° del Circuito de Garzón el 6 de abril de 1938, absuelve a la demandada Tomasa Calderón de Hermida de todos los cargos formulados en este litigio.

Sin costas ni en las instancias ni en el recurso.

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

Hernán Salamanca—Liborio Escallón,

Fulgencio Lequerica Vélez — Juan Francisco Mújica—Arturo Tapias Pilonieta—El Conjuez, Víctor Cock — El Conjuez, Carlos Arturo Torres Pinzón—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR ARTURO
TAPIAS PILONIETA

La opinión de la mayoría falladora, me inspira un profundo respeto. Pero pesadas y medidas en mi conciencia las razones en que se apoya, las encuentro notoriamente frágiles y deleznable. Y no obstante mi anhelo por descubrirles asidero, llevado por el acatamiento que me merece la indiscutible autoridad científica de todos y cada uno de los miembros ilustres de aquella mayoría, no han calado esas razones en mi convicción. Por lo cual tengo que exponer a continuación los fundamentos de mi voto adverso al fallo anterior, que fueron los mismos que me sirvieron para atacar el proyecto en las numerosas sesiones que la Sala tuvo para decidir el recurso.

La Ley 45 de 1936 es de protección y favor hacia los hijos naturales, a tal punto que el hijo natural está colocado en el mismo plano que el hijo legítimo en cuanto a la protección que le debe el padre, pues a éste le corresponde suministrarle alimentos congruos que sólo se debían antes al cónyuge, a los descendientes legítimos, a los ascendientes legítimos, a la mujer divorciada sin culpa suya y a quien hizo una donación cuantiosa.

La ley además de autorizar la reclamación del reconocimiento de un estado civil, tiene también un alcance patrimonial. Impone obligaciones al padre: velar por la subsistencia y educación del hijo natural. Y muerto el padre el hijo natural entra a heredarlo, aun en concurrencia con los hijos legítimos, sólo que el hijo natural lleva la mitad de la cuota del hijo legítimo.

Es indudable asimismo que la senten-

cia que declara la filiación del hijo natural es simplemente declarativa. Para demostrar esto basta leer las cuatro causales que dan derecho al reconocimiento judicial. El hijo que está en alguna de esas cuatro causales es ya hijo natural; sólo que en caso de que el padre se niegue a reconocerlo viene la sentencia judicial a declarar el hecho.

De consiguiente, muerto el padre subsiste el derecho del hijo a obtener el reconocimiento, porque la voluntad del padre en nada afecta la vigencia de ese derecho, como quiera que el reconocimiento no depende de la voluntad del progenitor; puede hacerse judicialmente aún contra su querer.

De ahí que en Francia nadie discute que el hijo tiene derecho a obtener la declaración de su filiación natural después de muerto el padre. Planiol y Ripert con la colaboración de Rouast, para no citar sino estos autores, dicen en el Tomo II de su obra, número 921: "Después de la muerte del padre, puede intentarse la acción contra los herederos. Ya que el precepto no establece reserva alguna sobre este punto, debemos aplicar el derecho común. Ciertamente es que en el transcurso de los trabajos preparatorios, se dijo que la acción es personal en cuanto se refiere al demandado y que no puede ser iniciada después de su muerte (informe Viollete, Doc. parl. Cámara, 1911, pág. 1439); pero esa opinión debe ser considerada como personal para su titular puesto que fue replicada por varios oradores en el debate en el Senado (principalmente por el mismo Relator. V. Senado J. Offic. 15 junio). En lo que sí hay unanimidad en los comentaristas de la ley es en cuanto a decidir que la acción puede ejercitarse

contra los herederos después de la muerte del padre (Wahl, Bartin, Lavollé, Brun, Chevalier). Igual solución ha sido admitida sobre este punto en todas las resoluciones judiciales hasta ahora”.

En Colombia la opinión de los grandes autores franceses no puede ser repudiada bajo ningún pretexto, porque aquí como en Francia impera el principio de que el heredero es el continuador jurídico de la persona del causante, y hoy día aquí como allá la filiación natural declarada judicialmente también se ha convertido para el hijo en fuente de vocación sucesoral con respecto a la herencia del padre, aún en concurrencia con los hijos legítimos.

Pero en Francia con el objeto de evitar, como dicen los mismos autores, que un hombre permanezca indefinidamente bajo la amenaza de una investigación de paternidad que, bajo la forma de *chantage*, puede usarse contra él o sus herederos, los mismos legisladores que expidieron la ley de 16 de noviembre de 1912, encerraron la acción dentro de plazos muy breves “con el objeto de hacer más seguras las pruebas que se aporten”.

La ley francesa después de declarar, como la colombiana (artículo 12 de la Ley 45), que la acción no pertenece sino al hijo, dice que durante su mayor edad, la madre aún menor puede intentarla, pero dentro de los dos años siguientes al parto. En los casos previstos en los incisos 4º y 5º de la ley francesa, correspondientes a los casos 4º y 5º de la ley colombiana, la acción puede ser intentada dentro de los dos años que siguen a la cesación de la vida sexual notoria y pública de los padres, o de la prestación de atenciones por el padre al hijo, como tal. Si la acción no ha sido intentada durante la menor edad del hijo podrá ser intentada durante todo el año siguiente a su mayor edad.

Desgraciadamente entre nosotros los autores de la Ley 45, al copiar lo pertinente de la ley francesa omitieron expresamente los plazos de prescripción que la complementan, dejando así la acción sin términos de prescripción. Esto que aca-

rreará a no dudarle las graves consecuencias que anotan los autores franceses, de inseguridad y perturbación social permanente, toca corregirlo al legislador. A la Corte le está vedado determinar plazos de caducidad o de prescripción que el legislador no quiso crear. Está en presencia de un hecho imposible de interpretar de manera distinta a como lo quiso expresamente crear la ley colombiana.

En mi concepto la teoría legal del legítimo contradictor consagrada por los artículos 401 a 403 del Código Civil colombiano, la cual debe entenderse incorporada para regular la materia de la filiación natural, por la referencia que a esas disposiciones hace la Ley 45 (art. 7º), nada tiene que ver con el derecho que el hijo tiene de ejercitar la acción de reconocimiento contra los herederos del padre. Tales preceptos regulan los efectos de la cosa juzgada de los fallos sobre estado civil, y en tratándose de las cuestiones sobre filiación natural contempladas por la Ley 45, deben tomarse con el alcance y con el sentido que les da el mismo código, en nada distinto de un alcance enteramente procesal.

En el problema que confronta la Corte no hay problema de cosa juzgada porque no hay ninguna otra sentencia anterior que se oponga por algún aspecto a la que está por dictarse. No se ha propuesto la excepción correspondiente. Luego está fuera de lugar traer a cuento la cosa juzgada.

Sin una sola excepción se ha entendido por autores chilenos y colombianos, que lo que significan los artículos 401 a 404 del C. C. (315 a 318 del Código de Chile), es que si la sentencia dictada en pleitos de filiación legítima ha sido contra legítimo contradictor—el padre o la madre—la sentencia tiene efecto *erga omnes*. Mas si no ha sido dictada contra legítimo contradictor sólo tiene efecto entre las partes del respectivo pleito, siguiéndose entonces las reglas generales sobre la cosa juzgada (art. 17 del C. C. colombiano).

Pero esos artículos no confunden la cosa juzgada, que requiere siempre la

confrontación de dos fallos para saber cuál debe prevalecer, con la viabilidad misma de la acción o capacidad de otros interesados para ser partes demandadas en el juicio de filiación.

Hay que ver cuál es el origen de los artículos 401 a 404 del C. Civil. Estas disposiciones son exacta copia de los artículos 315 a 318 del C. de Chile. Y en Chile vinieron éstos a consagrar legislativamente una de las varias teorías que en Francia surgieron al rededor del problema del alcance de los fallos sobre el estado civil; la teoría del legítimo contradictor. Consiste, según sus autores, entre los cuales d'Argentre fue su iniciador, en que, si en principio, la relatividad de la cosa juzgada debe aplicarse lo mismo en materia de filiación que en otra cualquiera, deberá exceptuarse cuando la instancia, referente a la filiación de un individuo se ha perseguido por o contra el contradictor legítimo, por ejemplo el pretendido padre o la pretendida madre, porque se reputa que éstos han representado a todos los demás interesados. Mas si el juicio no se sigue contra el legítimo contradictor la regla de la relatividad de la cosa juzgada, sentada en Francia por el art. 1351 del C. Civil, debe mantenerse.

En Francia esta teoría se abandonó por la dificultad de saber de una manera fija quién debía ser en cada caso el legítimo contradictor. Pero don Andrés Bello la recogió en el código de Chile estableciendo las personas que en los juicios de estado civil tienen el carácter de legítimos contradictores en lo que atañe a los juicios sobre legitimidad y maternidad disputada.

De manera que en Chile como en Colombia la teoría del legítimo contradictor, que en Francia no pasó de ser mera tesis de controversia, se consagró en la ley para hacer una derogación particular al principio de derecho común sobre relatividad de la cosa juzgada.

Pero ni en Francia por los sostenedores o impugnadores de la teoría, ni en Chile ni en Colombia, ha pensado nadie que legítimos contradictores equivalga a

únicos titulares del derecho para intentar o soportar la acción; de manera que solamente el legítimo contradictor tenga el derecho de suscitar las cuestiones correspondientes de paternidad o maternidad. En el particular los códigos de Chile y de Colombia son tan claros al respecto, que manteniéndose dentro de los justos límites que en Francia se le dio a la teoría le conceden por ejemplo la acción de impugnación de la legitimidad del hijo, después de muerto el padre, "a toda persona a quien la pretendida legitimidad del hijo irrogare perjuicio actual" (artículo 219 del C. colombiano); así como "a petición de cualquiera persona que tenga interés actual en ello, declarará el Juez la ilegitimidad del hijo nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio" (artículo 220 ibídem); en el caso de legitimación de hijos nacidos antes del matrimonio, quien pruebe interés en ello puede impugnarla en los términos y plazos del art. 248 ibídem.

¿Cómo explicar todas esas disposiciones y otras más, si a la noción legal del legítimo contradictor se le diese el alcance de que el padre o la madre son los únicos interesados que tienen poder para suscitar controversias sobre las cuestiones de paternidad o maternidad legítima?

El artículo 7º de la Ley 45 de 1936 dice que la regla de los artículos 401, 403 y 404 del C. civil se aplica también al caso de filiación natural.

¿Qué se quiso expresar con esto? Pues que la teoría legal de los legítimos contradictores consignada en las predichas disposiciones rige en lo concerniente a la declaración judicial de la paternidad natural. O lo que es igual a decir que si el juicio se sigue con el pretendido padre natural, la sentencia que se dicte tiene efecto y obliga aún a los herederos del demandado. Pero que si el juicio se sigue contra otros interesados, por ejemplo los herederos del pretense padre, la sentencia que se dicta, no habiéndolo sido contra legítimo contradictor, tiene el efecto común de la cosa juzgada. Y que siempre

que en la controversia esté comprometida la paternidad del hijo natural deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad. Naturalmente siempre que el padre esté vivo, porque si ya murió su intervención no podrá exigirla la ley. De esta manera en vida del padre natural la acción de reconocimiento del hijo tiene que dirigirse siempre contra el padre, so pena de invalidez. Las razones son obvias. Lo cual empero no significa que muerto el padre se carezca de derecho para demandar a los herederos.

Aun aceptando la hipótesis de que, por vía de doctrina pudiera llegarse, contra lo que prescribe el artículo 17 del C. Civil, a la conclusión de que en las cuestiones relativas al estado civil de las personas el fallo produce efectos erga omnes (tal como lo dispone expresamente el artículo 1252 del Código Civil español), nada se adelantaría en relación con el problema de saber si los herederos del pretense padre deben soportar la acción de reconocimiento del hijo; porque una cosa es la trascendencia general o relativa inherente a determinada decisión, y otra completamente distinta la capacidad jurídica o derecho para provocarla. En el orden lógico primero se averigua si existe el derecho y, encontrado, si fue ya debidamente juzgado y sentenciado.

Por consiguiente la doctrina que se profese a la teoría legal dominante acerca del efecto general o relativo de las sentencias de estado civil, carece de importancia en la solución de la primera cuestión que en el presente recurso de casación contempla la Corte, consistente en determinar si a los herederos del pretense padre natural pasa la carga de comparecer como demandados a contestar la demanda de reconocimiento judicial de la paternidad, provocada por el hijo.

vil para impugnar la paternidad o maternidad legítimas, nada tienen que ver con la filiación natural, fenómeno jurídico totalmente diverso de los problemas de impugnación. De ahí que dichos plazos son inaplicables a la acción de reconocimiento del hijo natural.

Por eso en Francia, como en Inglaterra, Alemania, Bélgica, Holanda, Suiza y en general en todos aquellos países de Europa y América, en donde la cultura jurídica ha florecido con mayor brillo, circunscriben aquella acción dentro de términos especiales y breves, de los cuales prescindíose en Colombia al legislar sobre el particular, dejándose así abierta una puerta a la inseguridad, con grave daño para la sociedad y especialmente para la tranquilidad y protección de la familia legítima, base fundamental de toda moral, como quiera que sobre ella vivirá flotando por muchos años, especialmente después de la muerte del padre, la peligrosa amenaza de supuestos y hasta entonces desconocidos hijos naturales, pretendiendo participar de la pequeña o grande herencia de aquél. Josserand justificando la brevedad de los plazos de la ley francesa dice: "La ley ha circunscrito la acción de investigación de la paternidad natural dentro de plazos bastante breves; porque es urgente acabar rápidamente con un problema irritante y evitar chantajes con el retardo, tanto más terribles cuanto las pruebas se harán cada día menos seguras a medida que el tiempo pasa. En semejante materia hay que obrar pronto y con base sumamente firme". (Cours de Droit Civil Positif Français, 3^e Edition, 1938, números 1226, del Tomo I).

En la imposibilidad de fijar jurisprudencialmente en Colombia plazos extintivos de la acción de reconocimiento de la filiación natural lo que apremia es la reforma de la ley, inspirada por lo demás en móviles de equidad y de justicia, como que tampoco era posible que, en el estado actual de la sociedad, continuase la situación de desamparo en que el Código Civil

mantiene al hijo ilegítimo, que no por ser fruto de pecado autoriza la plena irresponsabilidad social del padre culpable. Pero la protección debe dársele sin detrimento de la unidad y estabilidad de la familia legítima, merecedora en todo tiempo del cuidado solícito del Estado, si se aspira a mantener incólume el más poderoso de los pilares puestos por Dios en

orden a la preservación en cada pueblo de la cultura cristiana, la cual es el mejor motor de progreso y el antídoto verdaderamente eficaz contra los morbos de la disolución que toda sociedad alberga en su seno.

Bogotá, abril de 1940.

Arturo Tapias Pilonieta



SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JUAN FRANCISCO MUJICA

La sentencia al dar por sentado que la indagación de la paternidad natural se prohíbe en principio y sólo por excepción ella se permite en los casos previstos en el artículo 4º de la Ley 45 de 1936 hace una afirmación que fluctúa en el vacío, extraña al texto mismo de la ley y a su sentido científico.

Aquella filiación fue tomada en su integridad de algunos autores franceses sin el más leve análisis crítico. En el campo del derecho comparado, basta cotejar los textos colombiano y francés y averiguar las causas que dieron origen a uno y otro para establecer su radical diferencia. La Ley 45 es producto democrático determinado por nuestra actual situación social-política. La francesa, de 1912, esto es, anterior a los profundos cambios sociales originados por la guerra del 14, no vino a ser derecho positivo sino en virtud de un notable movimiento de revaluación promovido por la prensa, la novela y el teatro de las condiciones humanas en que mantenía la legislación a los hijos naturales. Entre nosotros no existe la idea antigua de un disfavor inherente al estado del hijo natural, porque la ley 45 no permite siquiera esa sugerencia. Si los hijos naturales en concurrencia con los legítimos tienen una porción hereditaria menor, se debe únicamente a una consideración en interés de la familia legítima y no a su calidad de tales, la cual no es denigrante a los ojos del legislador colombiano.

Tampoco es cierto que los mismos doctrinantes franceses estén de acuerdo acerca de lo aseverado en la sentencia. Transcribo lo que al respecto dice el profesor André Bretón en la segunda edición al

Curso de Derecho francés de Beudant, 1936: "Aun cuando esta manera de razonar sea la de eminentes autores, no nos parece corresponder al espíritu de la ley de 1912. Es verdad que bastantes precauciones de redacción tienden a mantener la investigación de la paternidad en el campo en que se la quiso admitir. Paralelamente es cierto que fuera de los cinco casos autorizados tal investigación permanece prohibida. Sin embargo, quizá es ir demasiado ligero y demostrar un espíritu excesivamente geométrico atenerse sólo al punto de vista formal para concluir en el carácter excepcional de la investigación de la paternidad. Porque nadie desconoce que en el fondo las situaciones previstas por el artículo 340 (4º de la Ley 45 colombiana), son las más importantes entre las que pueden presentarse y que, en suma, en la mayor parte de los casos la investigación de la paternidad viene, por lo tanto, siendo permitida. De otro lado, es fácil observar que el texto no emplea en modo alguno, como antes de 1912, una fórmula prohibitiva. No ha dicho: la investigación de la paternidad está prohibida, salvo en los casos siguientes, dice: "La paternidad fuera de matrimonio puede ser judicialmente declarada: 1º etc. En resumen, puede considerarse que ambos principios complementarios están sentados; la investigación de la paternidad se admite en los casos previstos por la ley; queda prohibida fuera de estos casos. Sin que exista, en consecuencia, razón alguna para considerar uno cualquiera de estos dos principios como superior al otro. No hay, pues, lugar para interpretar restrictivamente las disposiciones del artículo 340".

La ley colombiana no tuvo en cuenta la francesa sino para su artículo 4º. Nuestra legislación, más avanzada, reconoció el derecho que tiene cada cual a un estado civil. La legislación francesa lo limitó en el tiempo con el establecimiento de un plazo para ejercitar las acciones de estado. De esta última circunstancia la Corte ha deducido un argumento bastante peregrino para negar la acción de indagación de la paternidad a la muerte del padre natural. Una cosa es averiguar contra quién debe dirigirse la acción y otra muy distinta la circunstancia de que se fije un plazo para su ejercicio. Son factores tan extraños entre sí, que de la existencia del uno es imposible, racionalmente, deducir una consecuencia que afecte al otro en su existencia.

El estado civil de las personas consiste en el conjunto de cualidades que la ley exige para el goce de ciertos derechos. Es también la situación que da vida a cualquiera de esas cualidades. Y, por último, es cada una de esas calificaciones particulares y las condiciones anexas a ellas. Independientemente de su voluntad, el estado civil se determina en cada individuo por el nacimiento y queda para siempre fijado por la muerte. Entre estos dos acontecimientos extremos, el estado civil puede ser modificado por diversas causas, capaces de suprimir o añadir distintas cualidades o estados.

Filiación, paternidad, maternidad son tres aspectos de una misma idea que sirven para designar el vínculo jurídico que une a un ser humano con sus autores. Se denomina filiación cuando ese vínculo se enfoca desde el ángulo del hijo; paternidad si desde el del padre, y maternidad si desde el de la madre. La filiación existe, pues, necesariamente en todos los seres de la especie humana, porque se es forzosamente hijo de un padre y de una madre.

El hecho fisiológico de la generación es uno de los elementos que hoy sirven para configurar la noción jurídica del parentesco, de la cual se deducen las relaciones de familia y la estructuración de ésta.

Ambas nociones se estructuran en parte todavía con otros datos artificiales.

En Roma, durante el período pagano, el hijo nacido fuera de matrimonio no estaba vinculado a su padre ni a su madre. Para el derecho civil era completamente indiferente. No gozaba de derechos pero tampoco tenía obligaciones. La filiación se basaba en el lazo artificial de la potestad. En seguida, cuando comenzó a tenerse en cuenta el hecho de la procreación, se reconoció el vínculo entre la madre y el hijo, igual en todas las hipótesis, no importaba que el hijo fuera habido en matrimonio, en concubinato o en un acto sexual aislado. Siempre heredaba a la madre y pertenecía a su familia. No hubo, por consiguiente, en Roma madres legítimas sino madres naturales. En cambio, la paternidad natural jamás existió. En matrimonio con manus o la institución posterior, originalísima y atrevida del matrimonio sin manus, no igualada, salvo una excepción, en el mundo contemporáneo, creaba el vínculo entre el padre y el hijo procreado dentro del matrimonio, siempre que el marido, en virtud de que tenía un derecho idéntico sobre todos los hijos de su mujer y carecía de deberes hacia ellos, aceptase al hijo que se le presentaba, puesto que podía rechazarlo libre y arbitrariamente.

El derecho cristiano, hostil hacia las relaciones sexuales fuera de matrimonio, cambió el sistema. Distinguió el concubinato de las demás relaciones extramatrimoniales para reconocer la paternidad natural como fuente de ciertos derechos y creó, además, la institución de la legitimación.

En el mundo contemporáneo coexisten tres sistemas acerca de la filiación, a saber: a) el reconocimiento de la filiación únicamente con la existencia previa del vínculo matrimonial entre los autores del hijo. Por consiguiente, en esta regulación prepondera todavía el elemento artificial del matrimonio como condición necesaria para que el hecho fisiológico de la generación produzca efectos jurídicos; b) la clasificación de la filiación en dos

grupos, legítima y natural. Aquélla se rige por el criterio dicho y de ella surge la familia. La segunda se basa en el reconocimiento voluntario del hijo por su padre o en la comprobación judicial del hecho de la procreación, salvo en relación con la mujer soltera o viuda en donde el nacimiento crea el vínculo. En este sistema (b), de la filiación natural brota un parentesco limitado, carece de familia por que no es pariente de todos los parientes de su padre pero tiene un derecho sucesoral reconocido; c) culmina la tendencia social-jurídica iniciada desde Roma. Se prescinde de toda noción artificial para atenerse al hecho fisiológico simple y no se establecen, por lo tanto, diferencias entre los hijos legítimos y los naturales para los efectos de la familia y de la sucesión.

La filiación continúa siendo independiente del nacimiento. Este es un puro hecho. La relación jurídica que vincula al hijo con sus padres es un elemento que se añade al nacimiento pero que permanece distinto de éste. La persona designada en el acta de su nacimiento como hijo de padres desconocidos carece de filiación no obstante estar probado su nacimiento. La filiación que se establece por la posesión notoria del estado civil prueba aquélla, pero no el lugar ni la fecha del nacimiento. De ahí que la doctrina universal, con la sola excepción de la sentencia actual, preconice que el demandado en las acciones de filiación legítima o natural sea el sucesor de grado más próximo a los padres cuando han muerto éstos, porque se sustituye necesariamente por la relación derivada próxima la relación fundamental cuyos sujetos ya no existen.

Nuestro sistema crea respecto de la filiación natural una relación orgánica, no simultánea del hijo con ambos padres, sino dos relaciones distintas e independientes entre sí aún cuando ambos padres naturales reconozcan al hijo o se comprueba la filiación natural respecto de los dos autores. Por consiguiente, hay una relación aislada entre el hijo y su padre

natural y entre aquél y su madre natural. Y se reitera. En virtud de que la familia como institución jurídica nosotros la configuramos con datos extraños a los simples lazos de la carne, los hijos naturales colombianos carecen de familia. No obstante, la filiación natural crea, por voluntad de nuestro legislador, un parentesco encaminado a producir efectos legales determinados, entre los cuales el más importante es el derecho eventual a la sucesión.

La teoría del legítimo contradictor tiene en esta sentencia un significado nuevo desconocido histórico y doctrinariamente. Sólo el porvenir dirá si ese aspecto sui generis de la teoría del legítimo contradictor merece la consagración de los doctrinantes jurídicos y profesores de derecho. Siguiendo la literatura unánime de todos los tiempos, insisto en desconocer la interpretación que la sentencia hace de la teoría del legítimo contradictor y me parece que con su originalísima creación la Corte, sin proponérselo, viene a tutelar de manera ciega e injusta los intereses de los privilegiados que han observado una conducta social equívoca.

La teoría del legítimo contradictor se ha referido hasta ahora y con exclusividad a la cuestión de la autoridad de la cosa juzgada. Don Andrés Bello, sobra decirlo, no la inventó. Se limitó a acogerla sin modificación alguna en cuanto a su naturaleza y su alcance para lo relativo a la filiación legítima en momentos en que los doctrinantes europeos ponían en evidencia su inutilidad y su empirismo ineficaz.

El origen de la teoría del legítimo contradictor se debe a los glosadores del siglo XVI, con Bartolo a la cabeza, maestros de la exégesis, quienes reunieron los elementos constitutivos de ella mediante el paciente trabajo de análisis y de cotejo de los textos romanos. Lo curioso es que ninguno de tales textos se refiere a la filiación de las personas por la sencilla razón de que a este respecto regía en el derecho romano el sistema que se expuso antes. Los glosadores formaron esa doc-

trina con soluciones específicas de los romanos acerca de la oponibilidad de las sentencias dictadas en ciertos casos de manumisión, ingenuidad y esclavitud. No habría problema ni existiría, por lo tanto, la anticuada doctrina del legítimo contradictor, si ésta significara, como lo afirma la Corte, que sólo tal contradictor es el único posible demandado. Sociológicamente la doctrina dicha se explica por la naturaleza autoritaria de la familia en esa época. En cabeza de ésta, titular de la patria potestad, tenía bajo su poder a los demás miembros de ella y era, pues, el primer interesado y tal vez el único en saber cuáles eran los individuos sometidos a su potestad que integraban su familia. De ahí la importancia de la oponibilidad de las sentencias, según fueran dictadas o no contradictoriamente con el miembro de la familia que tenía el principal y más grande interés respecto de todos los demás de ella.

Bertrand D'Argentre fue el primero en presentar la doctrina de manera completa. En el siglo XVII Cujas, Heraldus, Duarem, Doneau y Vinnius la perfeccionaron y en las primeras décadas del siglo XIX Bonnier, Garzonnet, César Bru, Proudhon y Toullier la adoptaron y sostuvieron.

Las críticas dirigidas contra esa teoría pueden ser reducidas, según Dumitresco, a cinco capítulos: 1º falta de fundamento racional; 2º las condiciones que exige para la oponibilidad general de las sentencias que versan sobre el estado civil de las personas, en unos casos no se diferencian en nada de la teoría general sobre el efecto de la cosa juzgada y en otras aparece desprovista de toda base jurídica; 3º la noción del legítimo contradictor, eje de la teoría, adolece de vaguedad que le resta cualquier valor científico; 4º es insuficiente para la determinación de los efectos de las sentencias sobre el estado de las personas respecto de los terceros; 5º es inexacta en la teoría de la representación.

“Es interesante observar que, si bien la doctrina que afirma la eficacia erga omnes se basa en la inoponibilidad, en el

absurdo que derivaría de admitir una eficacia relativa, no admite, sin embargo, que toda sentencia firme sobre el estado de las personas tenga eficacia absoluta, y sí solamente aquella que se pronuncia habiendo un contradictor legítimo; y, como quiera que no se afirma la nulidad de las demás sentencias, también, según esta teoría, las sentencias firmes sobre el estado de las personas pueden tener y a menudo tienen una eficacia relativa”.

“La teoría del contradictor legítimo deriva su origen de las fuentes romanas. Halla su primera formulación en Baldo, quien define como contradictor legítimo *qui praecipuum jus in agendo et defendendo habet*. Sin embargo, no hay acuerdo en lo que respecta a la determinación concreta de este interesado principal. Habrá que tener en cuenta el interés moral o patrimonial? Cómo se resolverán los casos en que tal graduación no sea posible? Por otra parte, cuál es el fundamento de esta teoría? Por qué el interesado principal puede perjudicar los intereses ajenos? Alguien ha recurrido al principio de la representación; se ha observado que en las sociedades políticas hay siempre quien representa los intereses generales; pero estas sociedades se hallan organizadas unitariamente y en la familia tal organización falta”.

“A nuestro parecer, facilita el problema notablemente el sentar como firmes las dos siguientes premisas: una relativa al valor del título del estado; la otra, referente a la regular constitución del juicio en los pleitos relativos al estado de las personas”.

“En lo que respecta al título de estado, ya vimos que su función no es otra que la de acreditar el estado de la persona, investirla de un estado, así que aquel puede y debe ser considerado como realmente existente por todos. El interés público a que recurren los defensores de la eficacia absoluta se manifiesta en el efecto del título. Ahora bien, la sentencia que modifica el estado o comprueba su existencia modifica el título o lo constituye ex

novo. El efecto erga omnes será propio del título, pero no de la sentencia”.

“Lo cual nos lleva a aclarar lo que constituye el efecto propio de la sentencia firme con relación a los demás efectos de la misma, o sea a sus efectos reflejos. Siempre que una relación jurídica, una vez constituida, deba ser considerada eficiente por determinadas personas, porque, aun pudiendo ser anulada, no puede ser pedida su nulidad por ellas, la sentencia que la reconozca válida producirá efecto definitivo con relación a dichas personas, pero no porque sea para estas una sentencia firme sino porque tal efecto era ya propio de la relación substancial. Los efectos propios de la sentencia firme hay que buscarlos en aquellas personas que habrían podido controvertir la relación material. Por ejemplo, Cayo ha vendido a Mevio una casa que pertenecía a Ticio. Si, en un pleito entre Cayo y Mevio, se prueba la propiedad de este último, la sentencia no será firme con relación a Ticio, porque no le priva de la acción reivindicatoria que como propietario le corresponde; en cambio, respecto a los acreedores de Cayo, la sentencia tiene efectos definitivos, pero, si éstos están obligados a considerar como propietario a Mevio y no a Ticio, ello es consecuencia de la transferencia de propiedad ya verificada y convalidada por la sentencia”.

“Viniendo a la relación de filiación legítima, para que se pueda hablar de efectos propios de las sentencias firmes relativas al estado, es preciso que tales efectos se den frente a quien tenía acción para hacer declarar o modificar el estado de la persona”.

“Nosotros creemos que se debe distinguir entre la acción que corresponde a quien es parte en la relación de filiación o de parentesco que de ella deriva, y la que corresponde a extraños”.

“Si la personalidad para establecer la acción viene determinada por el parentesco, puesto que éste depende del estado de filiación que es originario respecto a toda otra relación que de él deriva, una vez recaída sentencia firme sobre tal relación

originaria, los demás parientes no podrían hacer valer por su propia cuenta un estado diverso si no es impugnando dicha relación; lo cual no les es posible por hallarse ya entre las partes definitivamente comprobada. Por ejemplo, Ticio entabla con resultado favorable, acción de reclamación contra los padres; como hijo legítimo de éstos, es hermano legítimo de los demás hijos de los mismos cónyuges; podrán los hermanos alegar, por vía de excepción, que la sentencia firme es con respecto a ellos res inter alios acta, por no haber sido demandados? No pueden considerar a Ticio como extraño porque éste posee un título de estado que le acredita como hermano suyo, pero podrán impugnar este título? Les correspondía la acción de impugnación como hermanos; la habrán perdido por efecto de la sentencia firme? La teoría del contradictor legítimo responde afirmativamente, fundándose en que los padres, frente a los hijos y a los demás parientes, son los más interesados. También nosotros contestamos afirmativamente; pero nos fundamos en la relación de dependencia que se da entre el estado de hermanos y el estado correspondiente a los padres; aquellos no pueden hacer declarar que Ticio, no sea su hermano, si no es reproduciendo ante el juez aquel litigio que fue ya decidido y pidiendo que se declare relativamente a los padres que Ticio no es hijo de éstos”.

“Cuando tal relación de dependencia no se dé, la eficacia de la sentencia firme con relación a los terceros no se da tampoco y esto lo reconoce, incluso la teoría del legítimo contradictor. Así, por ejemplo, cuando quien se opone a la sentencia firme se presenta, no como tercero frente a la relación comprobada, sino como parte de ésta. Así, en el ejemplo citado, cuando frente a Ticio, vencedor en el ejercicio de la acción de reclamación, se presente Cayo, afirmando ser el hijo que nació de tal parto, es decir, negando la identidad de Ticio. En este caso es en el que la eficacia absoluta de la sentencia firme debiera manifestarse de un modo típico, y es precisamente en este caso en

el que resulta imposible admitir aquella (artículo 406 del C. C. colombiano. Pero como quiera que la nueva sentencia deberá modificar el título de estado de Ticio para investir de él a Cayo, es decir, deberá anular la primera sentencia firme, creemos que Cayo deberá oponerse como tercero a dicha primera sentencia. La oposición, ciertamente, no excluye normalmente la firmeza de la sentencia entre las partes; pero en materia de estado, sí la excluye necesariamente, por no poder atribuirse un mismo título a dos personas”.

“Lo dicho se aplica también al caso en que la contienda hubiera surgido entre las partes de la relación fundamental o con ocasión de ésta. Pero cuando esto no es posible, porque ya no existen aquéllas, la relación procesal podrá constituirse válidamente, según vimos ya, entre las personas que contienden por el estado o el derecho que deriva de aquella relación fundamental. En tal caso, alcanza a los terceros no partícipes en el juicio, la modificación del título, pero no los efectos de la sentencia firme, y pueden, por tanto, impugnar de nuevo la relación fundamental. Pero como quiera que la nueva sentencia debe modificar el título y producir sus efectos también frente a las partes del primer juicio, el tercero deberá oponerse también”.

“Concluamos, por tanto, afirmando que la tesis tradicional de la eficacia absoluta de las sentencias firmes concernientes al estado de las personas se basa en un equívoco, y que, en cambio, es cierto el principio de la eficacia relativa de tales sentencias”. (Antonio Cicu, Faustino Giménez y José Santacruz Teijeiro. La Filiación).

La autoridad de la cosa juzgada tiene, en la ciencia procesal, dos aspectos, el uno positivo o material y el otro adjetivo o formal. La Corte no tuvo en consideración sino el segundo aspecto que es el menos importante. Una sentencia basada en la autoridad de cosa juzgada es por su aspecto positivo una prueba. Las correspondientes al estado civil son un título

del estado y reemplazan, por lo tanto, la correspondiente acta sentada con las formalidades legales. Nuestro Código Civil contempla igualmente, con la teoría del legítimo contradictor, la condición adjetiva o formal de la cosa juzgada que consiste en impedir que el juicio se renueve por medio de la *exceptio rei judicatae*. En materia de filiación, cuando se reúnen las condiciones del artículo 402, la sentencia vale respecto de todos, esto es, produce plenos efectos la excepción de cosa juzgada. El mismo código, en el artículo 406, hace una salvedad relativa a la extensión del mérito de la cosa juzgada.

La doctrina del legítimo contradictor y por consiguiente nuestro Código Civil que la consagra, no han pretendido impedir, como lo asevera la sentencia, que a falta de los sujetos principales de la relación de filiación no pueda entablarse el juicio encaminado a declararla contra las personas que se beneficiarían de la ausencia de la filiación. Es el caso de este pleito en donde la filiación se establece como origen de un parentesco para efectos patrimoniales. La sentencia que estableciera esa filiación tendría, desde el punto de vista material, el alcance de un acta de nacimiento firmada por el padre, y por su aspecto formal, la excepción de cosa juzgada no podría ser interpuesta sino por las personas que intervinieron en el juicio.

La sentencia cierra la puerta a las acciones de impugnación, de comprobación y de rectificación en materia de filiación natural; porque, a este respecto, no existe únicamente la acción de indagación de la paternidad.

Lo que el código establece igualmente y que no existe en las legislaciones que no tuvieron en cuenta la injurídica teoría del legítimo contradictor, es que estando el padre vivo, deberá intervenir forzosamente en el juicio, de lo cual no se puede deducir, como lo hizo la Corte, que con su muerte se extingue para el hijo su derecho a reclamar una parte de la sucesión de su autor, el cual es uno de los efectos

más inmediatos del establecimiento de la filiación.

Respecto del método de interpretación científica de la ley, recordemos esta sabia reflexión de Bonnacase, nunca suficientemente repetida: "Lo que no debe perderse de vista y que la escuela de la exégesis ha desconocido pretextando la intención del legislador, es que toda norma legislada, aun cuando aparezca encastrada en una codificación, tiene un alcance esencialmente limitado y objetivo. Limitado porque no contempla, a pesar de su formulación abstracta, sino una determinada categoría de intereses. Objetiva porque la norma, una vez salida de manos del legislador, constituye un documento que vale por sí mismo sobre la doble base de su texto y el fin social que lo hizo necesario. Toda norma legislada es, en efecto, una disposición más o menos imperativa, materializada en un texto con el fin de realizar desde un ángulo dado, la armonía social, objeto supremo del derecho. Texto o fórmula abstracta persiguen un fin social, elemento móvil éste que conducirá infaliblemente al jurista a las aplicaciones diversas y sucesivas de que sean susceptibles".

La Corte no siguió, en la interpretación de los artículos 403 y 404 del C. C., la revaluada escuela de la exégesis, puesto que la intención del legislador, revelada en todos los documentos y comentarios que precedieron, acompañaron y siguieron la promulgación del Código Civil, dicen que se trata únicamente del alcance de la cosa juzgada en materia de filiación legítima y de la definición, para determinar ese alcance, del legítimo contradictor, previendo las consecuencias del fallecimiento de aquél antes de la sentencia. Ni un solo autor colombiano ni chileno, ni una sola sentencia, salvo la actual, habían interpretado aquellos textos legales en sentido distinto al dicho.

Desde el punto de vista de la interpretación científica de la ley, tampoco se ciñó a ese método la Corte. Los artículos 401 a 406 inclusive del C. C. regulan un determinado conjunto de intereses con

un fin procesal de hacer producir efectos respecto de todos a las sentencias sobre filiación legítima o sobre impugnación de la maternidad, cuando se reúnen las condiciones previstas en esos artículos y salvo el derecho del verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o del hijo del padre o madre que le desconocen. La Ley 45 de 1936, expresamente, dispuso la aplicación de tales reglas a la materia de la filiación natural. Lo cual significa que cuando está el padre vivo, que es el legítimo contradictor, los juicios sobre indagación, impugnación o rectificación de la filiación natural deben hacerse con la intervención del padre, so pena de nulidad y que, cuando éste ha intervenido, la sentencia es oponible erga omnes.

No establece pauta, se repite, para impedir el establecimiento de una filiación natural, muerto el padre, con el objeto de derivar un parentesco que le otorgue vocación sucesoral.

Lo anticientífico de la jurisprudencia de la Corte que glosa, se demuestra con estos ejemplos que se me ocurren y que desnaturalizan, haciéndolo pernicioso, el fin de armonía social que contienen los citados artículos del Código Civil.

El artículo 335 del C. C. fija un plazo para impugnar la maternidad, pero no determina, porque sería anticientífico, ningún término para que el hijo mismo reclame la maternidad, por ejemplo, en la suplantación de parto. Con la teoría de la sentencia, ello no podría acontecer si la verdadera madre hubiera muerto, aunque se tratase de filiación legítima.

El artículo 20 de la Ley 57 de 1887 dispone que no se reputará hijo del marido al concebido durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges. A menos de probarse que el marido, por actos positivos, lo reconoció como suyo o que durante el divorcio hubo reconciliación privada entre los cónyuges. Con la jurisprudencia de la sentencia, muerto el padre, ese hijo no tendría acción para reclamar la herencia, porque bastaba a los hermanos de aquél, o sea a los tíos de éste, presentar la sentencia de separación de bie-

nes de fecha anterior a la de la concepción, y como el legítimo contradictor murió, las pruebas de que lo reconoció como hijo suyo serían inútiles.

La posesión notoria de hijo legítimo, muertos los padres, sería ineficaz igualmente. No basta que existiera la partida de matrimonio, porque la presunción de paternidad no nace sino sobre la prueba de que el hijo fue concebido por esa mujer casada y es el mismo que ella dio a luz.

Para los ejemplos que siguen, sentemos esta base previa: La legitimidad es la condición de la filiación que resulta del hecho de que los autores del hijo hayan sido casados; sábase, pues, que el hijo nacido de dos personas casadas es legítimo. Pero esa regla incontestable no es suficiente, porque no es necesario, para que sea legítimo un hijo, que los padres hubieran estado casados en el momento de la concepción, si cuando el matrimonio la mujer estaba encinta, el hijo que nace es legítimo. De lo contrario, siempre sería ilegítimo el hijo póstumo, puesto que nace después de la disolución del matrimonio. Por último, el matrimonio puede no existir antes de la concepción y después del nacimiento del hijo, y, sin embargo, ser este legítimo: el hijo que nace de una mujer encinta en el momento del matrimonio y viuda antes del nacimiento de aquél.

Pues bien. La jurisprudencia que glosó conduciría a estos resultados antisociales: 1º Sean unos concubinos que reconocen conjuntamente como natural a su hijo A. Este queda legítimo *ipso jure* por el matrimonio posterior de sus padres, quienes durante éste tienen otro hijo B, por consiguiente también legítimo. A la muerte de sus padres, B no encuentra la partidada de matrimonio de ellos. La posición de A sería en extremo curiosa e injurídica en el juicio de sucesión de sus padres. Para quedarse con toda la herencia ni siquiera tiene necesidad de negar el matrimonio de sus padres que él mismo presencié. Su defensa se limitaría a alegar su falta de personería, por no ser

contradictor legítimo, para que se declarase a su hermano B legítimo. Por lo tanto, B, hijo legítimo, quedaría en situación de simple hijo natural de su madre, desde luego que ni el cura ni los testigos declararían válidamente acerca del matrimonio que presenciaron, ni la posesión notoria de su estado civil de hijo legítimo se comprobaría eficazmente en ausencia del legítimo contradictor. De otro lado, A haría uso de su estado civil de hijo natural que perdió para adquirir la de legítimo, en virtud del matrimonio de sus padres...

2º Es un hijo legítimo *ipso jure*. Después de concebido, el matrimonio se celebra en estado agónico del padre, quien fallece; la madre muere después en el parto. El acta de matrimonio no se extendió. El ministerio público, que está obligado a proceder de oficio, no puede, según la jurisprudencia, por falta del legítimo contradictor, acreditar, con las excelentes pruebas de que dispone, la filiación legítima del hijo para darle una familia, nombrarle un guardador legítimo y ampararlo en los derechos que el Código Civil le reconoce.

3º Es un hijo adulterino, concebido por una mujer divorciada, de acuerdo con nuestra legislación, esto es, sin disolución del vínculo. A la muerte del marido ella contrae nuevas nupcias con el padre de su hijo. De acuerdo con la jurisprudencia éste no podría suceder a su verdadero padre, puesto que le está vedado, por la ausencia del legítimo contradictor, establecer su filiación. El matrimonio, fuente para nuestro legislador de honorabilidad en las relaciones sexuales, no bastó para reparar las consecuencias de una pasión, y ese hijo, vinculado a su padre por los lazos de la sangre, mirado con consideración por la sociedad, debido al matrimonio que vinculaba a sus autores, educado en un hogar respetable, se ve desposeído de su herencia.

La Ley 45 claramente quiso acabar con inhumanas consecuencias que nacían del rigor de nuestro antiguo sistema, colocado de espaldas a la realidad colombiana,

en donde son tan frecuentes casos como éste: Unos concubinos tienen hijos cuyo reconocimiento legal no hacen por ignorancia o por pobreza. Con ocasión de una misión religiosa a la cual asistieron, contraen matrimonio y continúan reproduciéndose. Su nuevo estado civil de casados no altera en nada la vida del hogar. Los padres nunca diferenciaron a sus hijos y éstos jamás pensaron en dividirse en categorías distintas. A la muerte de aquellos, la jurisprudencia actual vendría a reproducir el derogado sistema legal, despojando cruelmente a los hijos naturales de su participación en la herencia. La jurisprudencia, prácticamente, deroga la Ley 45 en sus disposiciones más originales que consultan condiciones reales y sentimientos connaturales al ser humano. Esas disposiciones se refieren al reconocimiento de la posesión notaria del estado civil de hijo natural. Lo cual se integra por la serie de hechos individuales y sociales que revelan el cumplimiento de sus deberes de padre por parte de éste para con su hijo. La posesión notoria del estado civil de hijo no es susceptible de fraude ni de engaño. En cambio, el acto auténtico de reconocimiento de un hijo puede encubrir un dolo al expresar una mentira. Será, pues, ineficaz la voluntad del legislador y será nugatoria la institución jurídica de la posesión notoria del estado de hijo natural, porque la oportunidad para acreditarla nunca tiene lugar, debido a las condiciones morales del hombre, sino después de la muerte del padre.

Estimula la jurisprudencia la ingratitud, premiándola; desnaturaliza las relaciones de los hijos con sus padres tutelando su rompimiento; y castiga a los que cumplen con sus deberes sociales de padres, soliviantando a sus hijos; todo esto al exigir que los hijos naturales investiguen su filiación durante la vida de sus padres. En efecto, con qué argumento ético se puede justificar que el hijo alimentado por su padre, educado y establecido por él, tratado ante deudos, amigos y vecinos como hijo, deba demandar

a su padre, crear un estado de pugna con su benefactor para tener derecho a una eventual cuota hereditaria si acaso cuando muera deja bienes.

Por el contrario, la sentencia, implícitamente, exalta al padre desnaturalizado, negligente en el cumplimiento de sus deberes, porque los hijos, constreñidos, como es obvio, a indagar en vida de él la paternidad para obligarlo a atender a su sustento, tienen derecho a la participación en la herencia.

Por último, en este mismo orden de ideas, la sentencia que glosó contradice abiertamente la tendencia de la Corte manifestada en sus jurisprudencias a aplicar la ley en forma que consulte los diferentes y cambiantes situaciones de la vida, humanizando así el derecho. Esta categórica prohibición de indagar la filiación natural en ausencia de los padres, conduce a la sanción de estados inicuos. Piénsese, para ser breve y no extenderme en el relato de muchas otras hipótesis corrientes, en el niño cuyo padre o madre naturales mueren al nacer aquél.

Desde otro punto de vista, la Ley 45 de 1936 crea la filiación natural por el simple hecho del nacimiento respecto de la madre soltera o viuda. El artículo 7º de la Ley 95 de 1890 presumía el reconocimiento por parte de la madre respecto de los hijos concebidos por ella siendo soltera o viuda, dándoles en consecuencia a tales hijos el carácter de naturales con relación a su madre como si hubieran sido reconocidos por instrumento público. La jurisprudencia que glosó es más reaccionaria todavía que el legislador de 1890, porque impide de plano al hijo nacido de mujer soltera o viuda hacer declarar su filiación respecto de ella después de su muerte, dado que el artículo 403 del C. C. dice que en la cuestión de maternidad el legítimo contradictor es el hijo contra la madre o la madre contra el hijo. No tendrían los autores de la jurisprudencia actual manera de esquivar esa consecuencia no admitida en ninguna legislación del mundo contemporáneo, incluyendo las que

prohiben de manera absoluta la indagación de la paternidad natural.

La Corte es equívoca respecto de los presupuestos procesales que se producen en virtud de su teoría sobre lo que significa el legítimo contradictor. Para inclinarse, siguiendo sin análisis al recurrente, a dar un alcance a la situación de las partes en el pleito mucho más radical de lo que en la misma ciencia procedimental podía esperarse.

Nadie ignora que los presupuestos procesales, denominados así porque son supuestos o requisitos previos para poder dictar una sentencia sobre el fondo del asunto controvertido, son cuatro, a saber: a) la competencia del juez; b) la capacidad para ser parte; c) la capacidad procesal, y d) la legitimación en la causa de las partes, llamada también facultad de disposición procesal o poder de gestión procesal.

La capacidad para ser parte parece que es el presupuesto procesal que, no obstante la anfibia de la sentencia, se afecta con la ausencia del legítimo contradictor. Pues bien, la capacidad para ser parte es general y consiste en la aptitud jurídica para ser titular de derechos y obligaciones. Por consiguiente, no es posible carecer de capacidad para ser parte en un pleito y tenerla en otro. Todo ser humano viviente, por lo mismo que el ordenamiento jurídico lo hace susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, tiene capacidad para ser parte. Y, respecto de las personas morales, son capaces para ser parte no sólo las jurídicas sino otras que no alcanzan esta última categoría, tales como las sucesiones, la masa de la quiebra, la comunidad, etc. Si la demandada en este pleito careciera de capacidad para ser parte, por no ser legítimo contradictor, tampoco sería capaz para seguir el juicio de sucesión y defender su herencia.

Yo creo que la sentencia debe interpretarse en el sentido de que el presupuesto procesal vinculado a la ausencia del legítimo contradictor sea el de la facultad de disposición procesal. Exige éste para el

demandante titularidad del derecho cuya tutela pretende y para el demandado que sea él el obligado a la prestación o contra quien se ha de hacer valer el derecho. Parece que la Corte quiso expresar que la demandada en este pleito no es la persona frente a la cual deba declararse la filiación natural del demandante.

La sentencia socava el principio contenido en el artículo 39 de nuestra Codificación Constitucional. Allí se reconoce implícitamente el derecho efectivo a la vida de todos los colombianos. El Estado atiende a la subsistencia de las personas que carecen de medios y están físicamente incapacitadas para trabajar, siempre que no tengan derecho para exigir de otras personas lo necesario para vivir. La Ley 45 creó a cargo de los padres naturales la obligación de criar, alimentar y educar a sus hijos y un derecho patrimonial en favor de éstos en la sucesión de aquéllos. La sentencia libera a los padres naturales de esa obligación por el solo hecho de su muerte respecto de sus hijos físicamente incapacitados, aun cuando en vida la hubieran cumplido. Y es suficiente para tal liberación el que se hubieran abstenido de llenar la fórmula del reconocimiento legal. La omisión de un rito que no desvirtúa el hecho de la procreación, es suficiente, según la sentencia, para sacrificar un mandato constitucional.

Existe una consideración superior para no consagrar la injusticia de la sentencia, restándole a la ley colombiana su natural alcance con un sentido reaccionario que nosotros, a cualquier credo filosófico a que pertenezcamos, no podemos justificar. Esa consideración es la del derecho mismo. Hemos carecido en Colombia de una vista panorámica de él, no por incapacidad para tenerla, sino por negligencia en adquirirla.

Desde hace más de ochenta años la jurisprudencia francesa con una legislación que como la primitiva nuestra prohibía el ejercicio de la acción de indagación de la filiación natural, condenaba, sin embargo, a los padres naturales o a sus herederos a indemnizar perjuicios a la madre natu-

ral. Hoy hace lo mismo cuando la acción de indagación está prescrita. En todos los países civilizados del mundo esa acción de indemnización de perjuicios por culpa es procedente. Entre nosotros, de acuerdo con los principios de la responsabilidad civil extracontractual, también es viable esa acción cuando en el origen de las relaciones sexuales libres de las cuales nace un hijo se encuentran maniobras dolosas o reprobables por cualquier otro aspecto, llevadas a cabo por el padre, tales como promesa de matrimonio, etc., o cuando la culpa consiste en el abandono por el amante de la mujer por la circunstancia de haberla hecho madre. Los perjuicios a que se condena no solamente reparan el daño sufrido personalmente por la madre sino que también abarcan los gastos de mantenimiento del hijo.

En los países en donde está prohibida la indagación de la paternidad natural, se admite también la validez de la promesa en virtud de la cual el hombre se compromete a atender a las necesidades del hijo. Esas jurisprudencias ven en ello no un reconocimiento prohibido de la paternidad sino la transformación en obligación civil de un deber moral contraído por el padre hacia un hijo que su autor sabía era su obra o creía podía serlo.

Con todas esas acciones completamente procedentes en nuestro derecho positivo, la sentencia que glosó produce una zona oscura en él.

Creo haber demostrado la falsedad del concepto de la sentencia, y, lo más grave, que esa equivocación entraña consecuencias injustas e inmorales, aun cuando estoy seguro de que sus autores no las buscaron y sólo son fruto de una obsesión respetable en cuanto lo procurado es ante todo conservar la inmovilidad del derecho, evitando en lo posible y en lo imposible los efectos innovadores de las leyes con que el actual legislador quiere renovar los aspectos caducos de nuestro ordenamiento jurídico.

Felizmente para mí esta sentencia inoportuna para la concepción que tengo del

derecho, reviste todas las características de lo efímero, ante todo, porque no expresa la opinión de todos los Magistrados, desde luego que hubo impedimento y en seguida, porque el resultado de la sentencia lo decidió la suerte que designó un conuez cuya opinión formó la mayoría para la tesis jurídica convertida hoy en jurisprudencia. Bien ha podido la suerte, pues, propiciar una jurisprudencia en sentido contrario. Este es un defecto de nuestro código judicial que en su maniifiesta desconfianza hacia el juez prescinde del respeto que merecen las decisiones de los Tribunales Superiores y confía a la suerte, en caso de empate, la casación de sus sentencias.

Si me equivoco y sentencias posteriores vienen a robustecer la jurisprudencia de la actual, estoy seguro de que por primera vez en la historia jurisprudencial de este país se verá la rebelión, frecuente en otras naciones, de las jurisdicciones inferiores contra las sentencias reaccionarias de sus Cortes de Casación Civil. Porque los jueces y magistrados de los Tribunales Superiores están en contacto más directo con las realidades de la vida y son por consiguiente menos reacios a los cambios que ella impone que los jueces de la más alta jerarquía en nuestra organización judicial.

En consecuencia, salvo mi voto en lo tocante tanto a la parte motiva, cuyos considerandos no compartí, como a la parte resolutive del fallo.

Mi simpatía por la síntesis que siempre he puesto en práctica, ha quedado rota en esta ocasión, debido a que la trascendencia de esta tesis jurídica exigía violentara mi temperamento extendiéndome en la exposición de los motivos que me han parecido de importancia desarrollar con alguna minuciosidad. Sin embargo, he prescindido, para no hacerme demasiado extenso, de demostrar cómo la Corte, al interpretar los artículos 403 y 404 del C. C., desconoció la composición orgánica del derecho positivo, que cuando se expresa por medio de una ley, su articulado se integra con proposiciones jurídicas comple-

tas unas e incompletas otras. Los artículos dichos forman proposiciones jurídicas incompletas que carecen de toda significación por sí solas, la cual adquieren sólo con la unión a las que comprenden los artículos 401 y 402 del mismo código. A pesar de ello, la Corte les dio un alcance su-

ficiente para influir y darle forma decisiva a un aspecto de la vida colectiva de los hombres.

Bogotá, abril de 1940.

Juan Francisco Mújica.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR
HERNAN SALAMANCA

Pongo a salvo mi voto en la anterior sentencia por considerar equivocada su tesis fundamental. Someramente escribo algunas de las razones en que apoyo mi concepto personal.

La teoría del legítimo contradictor, consagrada en nuestro derecho en los artículos del código civil citados en la sentencia como sus únicos apoyos jurídicos, no tiene el alcance, trascendencia ni significación que se le atribuye en ella hasta identificarla con la viabilidad misma de la acción de declaración de paternidad o con su procedencia. Todos los autores tanto colombianos como chilenos, y los datos y enseñanzas que se pueden deducir de la historia de estos textos legales, conducen inequívocamente a aceptar que en esas disposiciones sólo se ha querido proveer a los efectos de las sentencias que se profieran sobre estado civil, a la determinación de su alcance, estatuyendo que cuando se profieren en juicio con legítimo contradictor producen efectos erga omnes, y solamente relativos a las partes litigantes cuando no ha estado en juicio el legítimo contradictor, según la calificación legal. Se acepta, pues, a la luz de esta teoría verdadera que las acciones sobre filiación natural son procedentes contra personas distintas del padre, contra sus herederos, por más que no sean la persona física de aquél.

La Corte ha dicho en reciente fallo, mal interpretado si se considera que allí se debatió la cuestión que ahora se decide, que con la vida del hijo se extingue la acción de la ley 45 de 1936, y está bien dicho. Todos los tratadistas coinciden en esta so-

lución, con fundamento en que siendo la filiación natural una situación irregular jurídica y socialmente considerada, su declaración judicial, consagrada exclusivamente en favor del hijo que es su beneficiario, no puede ser demandada sino por él; nadie puede suplantar su voluntad si murió sin haber hecho uso del beneficio legal. En la ley francesa está expresamente estatuido que solamente el hijo, y determinadas personas en su nombre, pueden intentar la acción. Y lo mismo está consignado en la nuestra, en perfecto acuerdo con la doctrina, en su artículo 112 que expresa quiénes pueden ser parte en estos juicios sobre filiación. Nadie más puede ejercitar la acción. Pero entre estas personas no está mencionado el padre como demandado imprescindible. Las causas o motivos de irrecibibilidad o improcedencia de la acción (*fims de non recevoir*) están, en la ley francesa como en la colombiana, expresa y taxativamente enumerados, y como excepcionales que son, no deben admitir ninguna interpretación extensiva.

En lo tocante a personería sustantiva como presupuesto procesal, sólo en causa de improcedencia el ejercicio de la acción por persona distinta del hijo y de quienes la ley autoriza para representarlo al efecto, como lo tiene dicho esta Sala. En lo referente a la parte demandada, la ley nada dice, y resulta arbitrario interpretar este silencio en un sentido excepcional y restricto.

La receptibilidad o procedencia de la acción no puede subordinarse en realidad jurídica, sino al establecimiento previo de hechos especialmente determinados en la ley, o sea, a los cinco enumerados en el artículo 4º de la ley 45 como únicos que

pueden dar lugar a la declaración judicial de paternidad natural. Todos estos hechos, por su naturaleza misma, llevan implícita la preexistencia de la paternidad natural, en forma que su establecimiento judicial no viene a ser más, en puridad de verdad jurídica, que la constatación o prueba de ese estado preexistente en el hecho determinado que se demuestra. De ahí por qué siempre esta acción, según la unánime afirmación de los tratadistas, es únicamente declaratoria y no constitutiva de estado civil. Realmente es un estado involuntario en un hecho predeterminado en la ley lo que revela la sentencia, la que propiamente se reduce a reconocer que tal estado existía. La ley no lo crea. Lo reconoce y promulga sobre la comprobación de un hecho, casi pudiera decirse que la sentencia judicial se limita a calificar jurídicamente una situación de hecho creada voluntariamente por un hombre que al morir no puede destruirse como fuente de consecuencias jurídicas. Es verdad que la muerte finaliza la vida, pero no la destruye ni la borra en sus actividades creadoras, ni desnaturaliza los hechos que durante ella se consumaron. Los cinco acaecimientos contemplados en el artículo 4 no dejan duda al respecto; ya sea en los casos de raptó, violación o seducción, ya sea por existir documento escrito contentivo de confesión inequívoca de paternidad, o tratase de establecer las relaciones sexuales en las condiciones previstas, o de acreditar la posesión notoria del estado de hijo, siempre es la demostración de un hecho determinado que lleva implícita la calificación jurídica de la paternidad natural con sus consecuencias patrimoniales y de todo orden. Es que en realidad, como se ha dicho, está mal bautizada la acción si se la llama de investigación de paternidad, porque ninguna inquisición se hace en ella; la acción es de declaración de paternidad, según el propio texto de la ley 45. Los Tribunales no pueden declarar arbitrariamente una paternidad natural fuera de los casos previstos taxativamente por la ley.

El reconocimiento del hijo natural, cuando era un acto libre y voluntario y ahora que puede ser un acto de coacción judicial contra el padre, se funda siempre en el consentimiento de éste expresado en las diferentes formas autorizadas por la ley. Y entonces, por qué no va a ser posible la declaración judicial de esa paternidad después de muerto el padre, si éste antes de morir dejó irrevocablemente expresado ese consentimiento y esa voluntad con la consumación espontánea de hechos que lo expresan inequívocamente? Lo mismo da para establecer la voluntad y el consentimiento del padre si después de muerto se exhibe carta u otro escrito cualquiera que contenga la confesión de su paternidad, como si después de sus días se acredita con las condiciones de excelencia y rigor de esta prueba, que el hijo tuvo la posesión notoria de ese estado. La declaración judicial de paternidad a base de la posesión notoria del estado también se funda en el reconocimiento consentido y voluntario expresado por el padre en su vida a través de hechos permanentes y reiterados y públicos que conlleven una confesión menos expuesta a equívocos que la que se expresa en un fugaz minuto sobre una hoja de papel. Aquella tiene la prevalencia que corresponde a los actos que en la vida ejecutamos bajo el mandato de la sangre. Es la vida misma, que así resulta más verdadera y más justa que todas las sistematizaciones jurídicas.

Establecido probatoriamente con la demostración del hecho correspondiente uno de los medios a que la ley ha adscrito la capacidad o idoneidad para reconocer o declarar el vínculo paternofamiliar extramatrimonial, es indispensable hacerle producir todas sus consecuencias jurídicas, sin consideración a la circunstancia, que no lo modifica ni destruye, de la vida del padre a la hora que el hijo resuelva hacer uso del derecho que en su exclusivo favor y para su amparo ha consagrado la ley, que tiene como más visible progreso conceder los derechos correspondientes a la filiación natural sin contar con la volun-

tad del padre, soberana antes de la reforma. No hay que olvidar, para comprender bien y aplicar esta ley de justicia y moral, que la esencia de su reforma consiste sobre todo en garantizar la efectividad de los derechos de los hijos naturales con independencia o sin subordinación a la voluntad del genitor. Ha quedado abolido en nuestro derecho el criterio inmoral de la paternidad irresponsable. Ahora son hijos naturales no solamente los que el padre quiera sino todos los que lo sean naturalmente, dentro de las condiciones legales.

Cualquiera de los hechos enumerados y definidos en el artículo 4º citado, desde que se produce como una realidad de la vida no deja de tener su existencia propia y generosa de consecuencias jurídicas; nada puede destruirlo o esterilizarlo jurídicamente; es una realidad inmodificable; el episodio de una vida que ingresó al patrimonio de otra persona y que la muerte de la primera no puede cercenar ni desvirtuar. Los hechos son permanentes y tiene la actualidad que les corresponde en el minuto en que probatoriamente se demuestre su existencia. Si el padre durante su vida ha estado haciendo el reconocimiento expreso, público, voluntario y crónico a que equivale la realización de los hechos con que le ha dado el estado notorio de hijo a un individuo, por qué sostener que su muerte ha de borrar lo que con plena capacidad jurídica creó? Es indudablemente más justo y acertado afirmar que puede venir un Juez a prolongar esa voluntad y ese consentimiento y sus efectos más allá de la muerte, con la declaración que haga en su sentencia del estado de hecho que el padre dejó creado ya a la hora de morir. La ley, se repite, exige la preexistencia del hecho, en cuya significación deja el padre estereotipada indestructible e irrevocablemente su voluntad libre del reconocimiento del hijo. En ningún caso se califica ni se tiene en cuenta ningún hecho *post mortem*.

Se dice que el estado civil de las personas constituye una situación indivisible,

y así está aceptado por todo el mundo. Pues bien; si así es, hay que concluir lógicamente que la muerte del padre no tiene por qué desposeer a una persona del estado de hijo natural que ya le había concedido en vida con los actos constitutivos, de la posesión notoria de este estado. Como compaginar la indivisibilidad del estado civil, sosteniendo que fue hijo natural por posesión de este estado durante la vida del padre y que a la muerte de éste dejó de serlo? Habría que aceptar entonces que se puede reconocer un hijo natural a plazo o por tiempo determinado o bajo condición resolutoria. Y el absurdo de esto resulta a su sola enunciación.

En España es procedente la acción de declaración de paternidad natural contra los herederos del padre. El artículo 135 del código civil español dice:

“El padre está obligado a reconocer al hijo natural en los siguientes casos: 1º Cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad, y 2º Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.

“En los casos de violación, estupro o rapto, se estará a lo dispuesto en el código penal en cuanto al reconocimiento de la prole”.

Pedregal, comentando este artículo, dice: “En la legislación antigua no existía disposición que pudiese obligar al padre a reconocer a un hijo, debía ser el reconocimiento de éste espontáneo, libre y legalmente hecho y probado. En el código penal, artículo 464, número 2, se prescribe que los reos de violación, estupro o rapto, sean también condenados por vía de indemnización a reconocer la prole, si la calidad de origen no lo impidiera. El artículo anotado introduce en nuestro derecho dos casos de importancia, no obligando a reconocer a los hijos naturales, sino que tiende a hacer que se legalicen dos clases de reconocimientos que suelen

ocurrir con frecuencia: la posesión del estado y el escrito particular del padre o madre. Entre otros, concuerdan con el artículo que comentamos: el artículo 325 del código de la Argentina, con ligeras variaciones, pero coinciden en el fondo, y el artículo 103 del código de Portugal.

El artículo 137 del mismo código español dice:

“Las acciones para el reconocimiento de hijos naturales, sólo podrán ejercitarse en vida de los presuntos padres, salvo en los casos siguientes: 1º Si el padre o la madre hubieren fallecido durante la menor edad del hijo, en cuyo caso éste podrá deducir la acción antes de que trascurren los primeros cuatro años de su mayor edad, y 2º Si después de la muerte del padre o de la madre apareciere algún documento de que antes no se hubiese tenido noticias, en el que reconozcan expresamente al hijo.

“En este caso la acción deberá deducirse dentro de los seis meses siguientes al hallazgo del documento”.

Anota Pedregal sobre este artículo: “Este artículo, sin precedentes concretos, introduce en nuestro derecho acciones que han de ejercitarse en tiempo determinado y perentorio sin expresar concretamente quién ni contra quién deben entablarse, si bien en el caso primero de los que enumera concede la acción al hijo. Concuerda el que comentamos con el artículo 133 del código de Portugal, excepto en el plazo concedido en el caso segundo, que no lo consigna el código portugués, sino que dice que puede ejercitarse la acción en cualquier tiempo en que se obtenga el documento. El artículo 325 del código de la República Argentina consigna esta acción pero sin establecer plazo alguno para que pueda ser ejercitada, lo mismo exactamente que el código portugués. Análogo precepto al de nuestro código contienen los artículos 386 y 387 del mexicano”.

El código civil del Brasil también hace posible el ejercicio de la acción de que se trata contra los herederos del padre. Su artículo 363 reza:

“Los hijos ilegítimos de personas que

no quepan en el artículo 183 (los que no estén impedidos para casarse), tienen acción contra los padres, o sus herederos, para demandar el reconocimiento de su filiación: 1º Si al tiempo de la concepción del hijo la madre estaba en concubinato con el pretendido padre. 2º Si la concepción del hijo reclamante coincidió con el raptó de la madre por el supuesto padre, o sus relaciones sexuales con ella. 3º Si existe escrito de aquél a quien se le atribuye la paternidad, en que la reconozca expresamente”.

La Ley 45 de 1936, que siguió muy de cerca a la francesa de 1912, no adoptó los plazos perentorios que ésta establece para el ejercicio de la acción de filiación, lo cual quiere decir, como es trivial, que con criterio más generoso y humano hizo posible su ejercicio en cualquier tiempo de la vida del hijo. De la circunstancia de que la ley colombiana no haya circunscrito el ejercicio de esta acción dentro de plazos breves ni largos, es lógico deducir las conclusiones de la sentencia. Si dentro de los plazos de la ley francesa es posible y procedente el ejercicio de la acción contra los herederos del padre muerto, como se acepta en el fallo, por qué no va a ser posible en cualquier tiempo cuando no hay término perentorio al efecto como en nuestra ley? Lo que importa en la dilucidación del punto enfocado por la Corte no es cuándo o dentro de qué plazo se puede ejercitar la acción contra los sucesores del pretendido padre, sino la posibilidad en ley y en doctrina de demandarse la declaración judicial de paternidad natural contra los herederos del presunto padre. Todo lo demás es impertinente. La conclusión de que tal cosa es posible y procedente es la que se destaca de las breves referencias legislativas que anteceden, lo mismo que del concepto unánime de los tratadistas y de la jurisprudencia francesa al igual que del parecer y opinión de los iniciadores y sostenedores de nuestra Ley 45. Ningún principio de doctrina jurídica se opone a esta solución.

Podría pensarse que siendo siempre el

consentimiento del padre la base esencial é insustituible del reconocimiento del hijo natural, lo que hay en verdad, tratándose de los casos de la existencia de escrito de confesión de paternidad y de posesión notoria del estado, sin simples formas diversas de hacer válidamente el reconocimiento: el voluntario expreso que puede hacerse en cualquiera de las formas previstas, firmando el acta de bautizo, en escritura pública, por testamento, etc., y el voluntario, tácito o implícito de los precitados de la Ley 45, en que se exige para la legalización del reconocimiento, sentencia declarativa del Juez. La ley, a través de la declaración judicial, en los casos previstos expresamente, convierte este reconocimiento en expreso, ostensible, público, para que siga produciendo, como en vida del padre, los mismos efectos jurídicos después de su muerte. Los dos casos o medios —confesión escrita de paternidad y posesión notoria del estado— producen los efectos del reconocimiento de acuerdo con las formas tenidas por la ley como hábiles o idóneas para determinar la declaración de la existencia del vínculo paternofilial. Negarlo por el solo hecho, involuntario del padre, de su muerte, equivale a anular o cercenar inexplicablemente la voluntad del padre como fuente legítima de esa situación jurídica. Indefensible en derecho la interpretación legal que conduzca a esterilizar arbitrariamente la libre voluntad de una persona plenamente capaz para producir efectos jurídicos. Desde un plano moral, podría pensarse que de este modo se obliga a un hombre que durante su vida amó y asistió a su hijo a que lo abandone y desampare para después de su muerte.

Con la tesis de la sentencia se recorta y mutila el sentido y alcance de la Ley 45 de 1936, que son sin equivocación ninguna de protección al hijo natural. Los múltiples casos de injusticia notoria a que daría ocasión la teoría del legítimo contradictor como sinónimo o equivalente de titular exclusivo de la acción, confundiéndola con la procedencia misma de ésta,

revelan visiblemente esa equivocación. En el caso, por ejemplo, de que un hijo legítimo, por pérdida en incendio de las partidas de su bautizo y matrimonio de sus padres tuviera necesidad de acreditar su filiación de hijo legítimo a base de posesión notoria de ese estado en la sucesión de su padre difunto, como la posesión notoria requiere siempre una calificación y declaración de Juez, con la teoría del legítimo contradictor, con la significación equivocada que se le da en la sentencia, no se podría hacer, porque habiendo fallecido el padre ya no habría legítimo contradictor con quien o contra quien pronunciarla. Sin gran esfuerzo pueden ponerse numerosos ejemplos en que resalta de bulto la injusticia y el absurdo a que puede dar lugar la adopción inconsiderada de esta tesis. Apenas hay que advertir que pugna a la razón y carece de fundamento en la ley cualquier explicación para estas situaciones de iniquidad, fundada en diferencias entre la filiación legítima y la natural, idéntica desde el punto de vista de que ambas constituyen estados civiles merecedores de las mismas garantías y susceptibles de ser acreditados por los mismos sistemas probatorios.

La solución jurídicamente científica que salva a la vez la justicia de la Ley 45 de 1936, que humanizó en esta parte nuestro derecho, y la necesidad de cerrar la puerta a la llamada industria de los hijos artificiales, más escándalo que realidad, agitado por el criterio hostil a la reforma y perturbador de la recta interpretación de la ley, es aplicar en la decisión de esta clase de negocios un especial rigorismo en la calificación de las pruebas, porque tan injusto y aberrante y peligroso es declarar una paternidad natural sobre el mérito equívoco de dos testimonios por ejemplo, como negarla a despecho de la fe inequívoca y plenaria de una perfecta comprobación de la posesión notoria de ese estado.

Bogotá, abril de 1940.

Hernán Salamanca.



SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

ELEMENTALES CONSIDERACIONES SOBRE LOS COMPONENTES OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL DELITO, Y RESPECTO DE LA REINCIDENCIA GENERICA Y ESPECIFICA

1.—Alegó el defensor que el cuerpo del delito de homicidio no estaba demostrado por cuanto no había prueba de la responsabilidad del matador, confundiendo las nociones que informan los elementos objetivo y subjetivo de cualquiera infracción legal. — 2.—Solamente iban unidos en la legislación penal de 1890 los conceptos de cuerpo de delito y responsabilidad, si el juicio y la sanción recaían en las personas excusables del artículo 29 o en las de inculpabilidad absoluta de los artículos 591 y 659, puesto que a pesar de la comprobación del hecho material no podía existir cuerpo de delito, es decir, "hecho criminoso y punible, según las leyes", ya que los excusables y los inculpados no violaban el Código Penal. — 3.—Contra lo que sostiene el defensor es obvio que la reincidencia se debe computar, cuando es computable, sea *in eodem* o sea genérica, a la luz del C. P. antiguo, sin olvidar que el único caso de reincidencia específica lo contempló el artículo 2º, Ley 105 de 1922.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal — Bogotá, octubre nueve de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Campo Elías Aguirre)

Poco antes de la media noche del 21 de julio de 1937, en la población de Soracá,

mataron a Rosendo Quintero de una cuchillada en el vientre.

El autor del hecho, según demostración indicial, fue Conrado o Conradino Ortega, a quien el Jurado declaró responsable del homicidio, en el carácter éste de simplemente voluntario.

Condenado el reo por el Juez 3º Superior de Tunja a la pena principal de doce años de presidio, el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial confirmó el fallo con fecha diez y seis de abril último.

El defensor de Ortega, doctor Luis Bonilla Morales, interpuso en oportunidad el recurso de casación contra la sentencia.

Ante la Corte, en donde ya se cumplieron todos los trámites, la defensa recurrente alegó y sostuvo las causales 1ª y 3ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931.

Y el señor Procurador delegado conceptúa que carecen de apoyo las causales de casación invocadas y solicita que no se infirme el fallo.

La Corte examinará las causales referidas, empezando, como es lógico, por la tercera.

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

En los párrafos que la Sala va a copiar está la sustancia de las ideas del recurrente acerca del fundamento de la mencionada causal 3ª:

“De conformidad con nuestro antiguo Código de Procedimiento en materia Penal, escribe el doctor Bonilla Morales, son dos los elementos constitutivos del cuerpo del delito, a saber: elemento objetivo y elemento subjetivo. Los dos deben aparecer comprobados plenamente en el plenario para sostener una sentencia condenatoria, y esta prueba plena tiene forzosamente que referirse a los elementos suplementarios que integran cada uno de los principales; ninguno puede faltar con la demostración que le señala la tarifa legal de pruebas porque entonces sería antijurídico dar vida al juicio penal.

“El elemento objetivo del delito de homicidio de que da cuenta este proceso está inequívocamente comprobado: diligencias de autopsia, presanidad y acta de defunción de origen eclesiástico. Es, pues, que tal elemento no tiene reparo.

“El subjetivo, esa responsabilidad cuyo peso se descargó inmisericordemente sobre Conrado o Conradino Ortega, no sólo merece distintos reparos, sino que es menester afirmar que él no se encuentra, ni con mucho, demostrado en el proceso”.

Y aquí entra el defensor en el análisis extenso de la que, para él, es una muy deficiente prueba de que Ortega matara a Quintero.

Y concluye de este modo:

“En virtud de las razones expuestas es por lo que afirmo que el elemento subjetivo del cuerpo del delito no se halla demostrado en los autos, puesto que no hay ni siquiera un leve indicio que sostenga la responsabilidad penal de mi defendido. Y como, así, es menester determinar que hubo error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito en el presente proceso, respetuosamente solicito de la Honorable Corte Suprema de Justicia sea servida absolver a Conrado o Conradino Ortega de los cargos que se le hacen en la sentencia...”

Para rebatir la tesis del recurrente bastaría con lo dicho por el señor Procurador delegado en lo penal, quien expresa:

“Como fácilmente se comprende la demanda adolece de una confusión entre el

cuerpo del delito y la responsabilidad. El silogismo del recurrente puede sintetizarse así: Rosendo Quintero murió a consecuencia de la puñalada que le propinó otro hombre; como no está demostrado que el autor de ese hecho hubiera sido Conradino Ortega, no hay prueba sobre el cuerpo del delito de homicidio.

“La sola enunciación de la tesis releva de toda contraargumentación, porque el mismo recurrente está aceptando que una persona pereció a consecuencia de las heridas causadas por obra de otra persona y en el expediente hay prueba superabundante de que el ataque de que fue víctima Quintero tuvo lugar en la vivienda de éste y en una forma por demás injusta. Si fue o no Conradino el autor de la puñalada es una cuestión que indudablemente escapa del concepto sobre el cuerpo del delito”.

Sin embargo agrega la Sala, siguiendo los cánones de los Códigos Penal y Judicial que rigieron hasta el 30 de junio de 1938: acreditada legalmente la muerte de una persona por acto u omisión de otra, injustos o culposos, cuando el óbito sobreviniera como consecuencia y efecto natural del medio que sirvió para matar, dentro de los sesenta días, el cuerpo del delito de homicidio quedaba establecido (artículos 583 y 619 del C. P. de 1890, 1512 del C. J. y 24 de la Ley 104 de 1922), sin atender a que se ignorara o no se conociera al autor del hecho.

Porque en eso estriban la confusión del doctor Bonilla Morales y su notorio error: en afirmar que mientras no se sepa qué sujeto infringió la ley penal no hay cuerpo de delito.

Solamente iban unidos con indisoluble vínculo en la legislación penal de 1890 los conceptos de cuerpo de delito y prueba de la responsabilidad, si el juicio y la sanción recaían en las personas excusables del artículo 29 o en las de inculpabilidad absoluta de los artículos 591 y 659, puesto que a pesar de la comprobación del hecho material no podía existir cuerpo

de delito, es decir "hecho criminoso y punible, según las leyes", ya que los excusables y los inculpables no violaban el Código Penal.

Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida clasificación de la misma.

El Juez 3º Superior de Tunja comparó la penalidad del Código preexistente al homicidio y la del Código *ex post facto*, y adoptó el nuevo por creerlo más favorable al reo. Y en resumen dice: Conrado o Conradino Ortega merecería la pena del artículo 600 del Código de 1890, en la escala inferior, con el aumento de un año que es la sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo de ese artículo 600 (artículo 124, inciso final). Son siete años de presidio. Y como es reincidente porque en 1935 fue condenado a cuarenta meses de tal pena, por hurto (fs. 90 y v., 154 a 157), el cómputo del artículo 142 da un total de pena de doce años y dos meses de presidio. En cambio, el Código de 1936 permite imponerle a Ortega nueve años (artículo 362), más una tercera parte por la reincidencia (artículo 34): doce años de presidio.

El Tribunal Superior de Tunja comulgó con las apreciaciones del Juez, y el recurrente ataca el fallo de aquél por indebida aplicación de la ley penal, valiéndose de estos argumentos: que en realidad la pena para Ortega con el Código de 1936 sí sería de doce años de presidio, y que con el Código de 1890 no alcanza sino a ocho años de igual sanción, prescindiendo de la reincidencia —porque "la Honorable Corte ya lo ha dicho en multitud de fallos— ilustrados, que, de acuerdo con la ley antigua sólo puede imputarse reincidencia cuando la condena anterior fue debida a delito de igual naturaleza al que engendra la condena posterior".

Observa la Corte:

El artículo 140 del Código Penal de 1890 y el artículo 34 del Código de 1936, no hacen distinción ninguna entre la reincidencia genérica y la de *in eodem*. Es lo mismo la una que la otra, y jamás la Cor-

te ha sentado la doctrina de que únicamente sea computable la reincidencia específica, que es la conocida en los tratadistas con el nombre de *reiteración*.

Esa reincidencia *in eodem* o específica, más grave que la genérica, se estatuyó en el artículo 2º de la Ley 105 de 1922, para determinados delitos.

Y quizá no es acertado lo que el señor Procurador sostiene: que la legislación penal nueva y la antigua "contemplan la reincidencia genérica y no la específica". En primer lugar, lo que pasa, se repite, es que los dos Códigos no distinguen y abarcan una y otra clase de recaídas delictuosas. Y en segundo lugar, la legislación penal antigua sí contempló la reincidencia *in eodem*, como lo ordenó la citada Ley 105 de 1922.

Si el Tribunal Superior de Tunja consideró que la pena por el homicidio y el aumento de la reincidencia de Ortega eran inferiores con el Código de 1936 (doce años de presidio) a la pena y el aumento con el Código de 1890 (doce años y dos meses de igual sanción), consideración verdadera, ello significa que no se aplicó indebidamente la ley penal y que tampoco hallábase justificada la causal 1ª.

En mérito de las razones que anteceden y de acuerdo en el fondo con el parecer del señor Procurador delegado, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, no invalida la sentencia del Tribunal Superior de Tunja que impuso a Conrado o Conradino Ortega la pena principal de doce años de presidio por la muerte que dio a Rosendo Quintero.

Devuélvase el negocio al Tribunal a quo.

Notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Campo Elías Aguirre — José Antonio Montalvo — Absalón Fernández de Soto. Julio E. Argüello R., Secretario.

HOMICIDIO EJECUTADO EN EL ACTO DE RECIBIR INJURIAS GRAVES. — AUTO DE ENJUICIAMIENTO COMO BASE DE LA SENTENCIA EN EL JUICIO PENAL

El auto de enjuiciamiento es la base de la sentencia en el juicio penal. Si ese auto formuló enfáticamente la modalidad de haberse ejecutado el homicidio en el momento de recibir ofensas graves, la acción penal quedó concretada dentro de los límites que señala el artículo 604 del Código Penal de 1890, aplicable cuando se cometió el delito. Dentro de cada categoría o género de delitos debe el sentenciador ceñirse a la calificación hecha en el auto de proceder. Así: el robo y el hurto tienen casi las mismas notas comunes y una sola que los especifica, a pesar de lo cual el enjuiciado por hurto no podrá ser condenado por robo o viceversa. Aún más: existiendo las circunstancias denominadas *modificadoras* que dentro de determinada especie de delitos crean o constituyen una subespecie, en caso de que el auto de proceder haya afirmado una de aquellas *modificadoras* favorables al reo, no podrá desecharse en la sentencia. Por ejemplo: si en el enjuiciamiento por homicidio se afirma categóricamente que el delito fue preterintencional (Código de 1936), o involuntario (Código de 1890), la sentencia no podría declararlo intencional o simplemente voluntario, ni imponer la sanción correspondiente a esta clase de homicidio. Supóngase que a un sindicado se le haya llamado a juicio por un homicidio simplemente voluntario (o *intencional* como lo denomina el nuevo Código), descartando la premeditación; y que el Jurado no sólo dé una respuesta afirmativa al cuestionario sino que le agregue expresamente la circunstancia de la premeditación. Podría entonces el juez de derecho condenar

al reo por homicidio premeditado? No, porque ese cargo no se le había hecho en el auto de proceder que equivale a la demanda formulada por el Poder Público en contra del reo; y al penarlo por un cargo más grave del propuesto o planteado en el enjuiciamiento se le condenaría sin oírlo debidamente en juicio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, diecinueve de febrero de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo)

El presente recurso de casación versa sobre una sentencia del Tribunal Superior de Pasto que condenó a Segundo García a la pena principal de seis años de presidio, como responsable de la muerte violenta de Euclides Mesa, de conformidad con el anterior Código Penal, ley aplicable al caso por haber ocurrido el hecho delictuoso el veinticinco de agosto de mil novecientos treinta y siete, es decir, cuando aún regía aquel Código.

La parte recurrente ha impugnado el fallo así: en memorial suscrito por el reo y dirigido al Tribunal sentenciador (página 69, cuaderno 2º), se interpone la casación invocando la causal 1ª, o sea, errónea interpretación o indebida aplicación de la ley penal; y en escrito del apoderado ante la Corte se invoca la causal consistente en no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

Por cierto que en ambos escritos del recurrente se citan como causales de ca-

sación las que trae el artículo 567 del nuevo Código de Procedimiento, no obstante tratarse de juicio iniciado y tramitado bajo la vigencia de la anterior legislación penal.

El señor Procurador Delegado sustenta por su parte y amplía la demanda de casación por encontrar fundamento para ello en las mismas causales que el recurrente adujo, bien que dicho funcionario no alude a las del nuevo Código de Procedimiento sino a la Ley 118 de 1931.

Motivo central para solicitar que se infirme la sentencia recurrida ha sido el hecho de que al procesado se le condenó como reo de homicidio simplemente voluntario y con aplicación del artículo 600 del Código Penal de 1890, siendo así que el auto de proceder había dicho expresamente que Segundo García "debe responder en juicio por un delito de homicidio voluntario cometido en el momento de recibir injurias graves".

Discrepan las partes en cuanto a la conclusión que sacan de su tesis: el reo o sus personeros creen que podría condenarse a García a tres años de reclusión, aplicando el artículo 602 del Código de 1890, "porque en el presente caso, dicen, se trata de uno de los casos considerados como **menos graves** del homicidio simplemente voluntario"; y el señor Procurador Delegado en lo Penal estima que al prosperar el recurso e invalidar la sentencia del Tribunal de Pasto debe condenarse al reo a seis meses de reclusión, de acuerdo con el artículo 604 de aquel Código.

La Corte encuentra que sí hay la discrepancia alegada por las partes entre la sentencia y los cargos formulados en el auto de proceder.

Considérese atinada o errónea la apreciación que el juzgado a quo hubo de estampar en el enjuiciamiento cuando dijo que García "debe responder en juicio por un delito de homicidio voluntario cometido en el momento de recibir injurias graves" (cuaderno 2º, folio 20 vto.), lo cierto es que el auto de proceder formuló enfáticamente aquella modalidad del he-

cho, concretando de esa manera la acción penal dentro de los límites que el artículo 604 del Código de 1890 señala así:

"El que, siendo provocado por alguna ofensa, injuria o deshonra grave, cometidas hacia su propia persona o la de alguna de las expresadas en el artículo 587, mate en el acto mismo al provocador, sufrirá una reclusión de seis meses a un año".

El motivo de casación consistente en "no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder", tiene base remota en el precepto constitucional que garantiza el derecho de defensa, y fundamento próximo en el numeral 4º del artículo 3º, Ley 118 de 1931 y en el artículo 1716 del viejo Código Judicial, que dice: "La sentencia no podrá recaer sino sobre los cargos porque se ha declarado con lugar a seguimiento de causa".

El procesado por robo no puede ser condenado por homicidio; y aun dentro de cada categoría o género de delitos debe el sentenciador ceñirse a la calificación hecha en el auto de enjuiciamiento. Así: el robo y el hurto tienen casi las mismas notas comunes y una sola que los especifica, a pesar de lo cual el enjuiciado por hurto no podrá ser condenado por robo o viceversa.

Aún más: existiendo las circunstancias denominadas **modificadoras** que dentro de determinada especie de delitos crean o constituyen una subespecie, en caso de que el auto de proceder haya afirmado una de aquellas **modificadoras** favorables al reo, no podrá desecharse en la sentencia.

Por ejemplo: si en el enjuiciamiento por homicidio se afirma categóricamente que el delito fue preterintencional (Código de 1936), o involuntario (Código de 1890), la sentencia no podría declararlo intencional o simplemente voluntario, ni imponer la sanción correspondiente a esta clase de homicidio.

Supóngase que a un sindicado se le haya llamado a juicio por homicidio simplemente voluntario (o **intencional** como

lo denomina el nuevo Código), descartando la premeditación; y que el Jurado no sólo dé una respuesta afirmativa al cuestionario sino que le agregue expresamente la circunstancia de premeditación. Podría entonces el juez de derecho condenar al reo por homicidio premeditado? No, porque ese cargo no se le había hecho en el auto de proceder que equivale a la demanda formulada por el Poder Público en contra del reo; y al penarlo por un cargo más grave del propuesto o planteado en el enjuiciamiento se le condenaría sin oírlo debidamente en juicio.

En el caso de Segundo García no es que el Jurado traspasara, propiamente hablando, el límite de los cargos hechos al reo, sino que negó un descargo aceptado y aun afirmado de antemano por el juez de derecho; y condenar a un reo por homicidio común después de haber admitido como cierta una modalidad muy semejante a una excusa parcial equivale a condenarlo por un cargo que no se le ha hecho y del cual, por consiguiente, no ha podido defenderse.

Error de técnica padeció el juez al formular dos cuestionarios siendo así que el proceso se seguía bajo las normas de la anterior legislación, la cual no autorizaba para proponer, en casos como éste, dos preguntas diferentes al Jurado.

Hubiera el juzgador de derecho enunciado como condicional o hipotética la circunstancia de las graves injurias que algún testigo dice haber escuchado proferir a Euclides Mesa, y habrían podido entonces los jueces de hecho afirmar o negar válidamente esa circunstancia modificadora. O hubiese propuesto a los jueces de conciencia la pregunta única sobre homicidio simplemente voluntario, y la respuesta afirmativa de ellos, aun sin explicación o modificación, habríale permitido al juez adecuar ese veredicto al caso del artículo 604, vista la categórica advertencia hecha desde el enjuiciamiento.

Pero lo dicho al respecto por el juez, tan rotundamente, en el auto de proceder, fijó como límite máximo de imputación al reo un homicidio cometido en el acto

(que a tanto equivale la expresión "en el momento") de recibir injurias graves.

Prospera, pues, el recurso por la causal 4ª de casación (Ley 118 de 1931), ya que el Tribunal de Pasto erró al aplicar el artículo 600 del Código Penal de 1890 pues, dados los términos del enjuiciamiento, la disposición aplicable era la del artículo 604 *ibídem*.

Acoge la Sala esta solución, que es la propuesta por el señor Procurador Delegado, a pesar de que el reo o sus apoderados insinúan que se conformarían con otra más gravosa para aquél, pues al casar la sentencia por estar en desacuerdo con el auto de proceder sería una inconsecuencia dictar el nuevo fallo como si se tratara de "uno de los casos menos graves" de homicidio, siendo así que el motivo de esta casación estriba precisamente en la necesidad de sentenciar de acuerdo con el auto de enjuiciamiento y éste consideró cumplido el delito "en el momento de recibir injurias graves" el homicida.

Habiendo de infirmarse, por la causal 4ª, la sentencia recurrida, corresponde a la Corte dictar el fallo que debe reemplazar al de segunda instancia.

Como ya se dijo, la pena principal aplicable al reo es la del artículo 604 del Código de 1890. Y la delincuencia se califica en tercer grado porque no hay circunstancias agravantes contra García y sí la atenuante de ser el primer delito porque se le juzga.

En virtud de 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, invalida la sentencia del Tribunal Superior de Pasto fechada el once de julio de mil novecientos treinta y nueve, que impuso a Segundo García la pena principal de seis años de presidio como responsable de la muerte violenta de Euclides Mesa, y en su lugar resuelve:

1º Condénase a Segundo García, como responsable del delito de homicidio en la

persona de Euclides Mesa, a la pena principal de seis meses de reclusión descontables en el establecimiento de castigo que el Gobierno determine. Como parte cumplida de esa pena se computará el tiempo que el reo haya permanecido en detención o prisión preventiva;

2º Condénase además a Segundo García a la pérdida de todo empleo oficial y de toda pensión pagadera por el Tesoro Público; a la privación por tiempo indefinido, del ejercicio de los derechos políticos, y al pago de las costas procesales.

El Juzgado de origen dará cumplimiento al artículo 16 del Decreto 944 de 1934, anotación de la sentencia en el censo electoral permanente del domicilio del reo, para los efectos de la privación de los derechos políticos.

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.



HOMICIDIO

Cuando el jurado agrega a su afirmación una circunstancia modificativa de la responsabilidad, como el factor riña, y no se determina de parte de quién estuvo la provocación, si de los acusados o del que murió, debe recurrirse a los elementos de prueba del expediente para saber lo que quiso decir el jurado. Y cuando se trata de un punto dudoso, lo razonable es resolverlo a favor del acusado, de acuerdo con el principio *in dubio pro reo*.

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

(Magistrado ponente: doctor Absalón Fernández de Soto)

Con aplicación en tercer grado del art. 600 del Código Penal de 1890, condenó el Tribunal Superior de Tunja a Carlos Julio y Víctor Manuel Acevedo a la pena principal de seis años de presidio, para cada uno, como responsables de homicidio en la persona de Jobo Neftalí Pérez.

Contra esa decisión interpusieron recurso de casación los acusados, alegando indebida aplicación de la ley penal, o sea la causal 1ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931.

Para resolver, se considera:

La respuesta del Jurado a los cuestionarios que se le formularon por homicidio simplemente voluntario, fue la siguiente, respecto de cada procesado: "Sí es responsable en riña".

En desarrollo de esos veredictos, el Juez del conocimiento (segundo Superior de Tunja), impuso a los Acevedos tres años

de reclusión, de acuerdo con el artículo 602 del expresado Código.

Consultada esa sentencia, el Tribunal la reformó, reprimiendo a los acusados con seis años de presidio, por considerar que la disposición aplicable era la del art. 600 *ibídem*.

Es evidente que el Jurado añadió a su afirmación una circunstancia modificativa de la responsabilidad, introduciendo el factor de la riña.

Y como no determinó de parte de quién estuvo la provocación, si de los acusados o del que murió, debe recurrirse a los elementos de prueba del expediente para saber lo que quiso decir el Jurado, ya que, como lo observa en su vista el señor Procurador, "en el estatuto penal de 1890 la riña es un elemento que especifica varias clases de homicidio, pues puede concurrir en el asesinato, en el homicidio premeditado y en el voluntario".

De los testimonios de Jorge Peña, Vicente Villamil, Juan de Jesús Suárez, Salvador Rojas, Benito Castillo y Luis Eduardo Rodríguez, puede hacerse la siguiente síntesis:

El día 10 de abril de 1938, como a eso de las siete de la noche, en la tienda denominada "La Proveedora", situada en el punto de "Los Alpes", en jurisdicción del municipio de Pauna, se suscitó un altercado, a causa de unos brindis, entre Cristóbal Vargas, Carlos Julio y Víctor Manuel Acevedo, de una parte, y Jobo Neftalí Pérez, de la otra, que ocasionó un ataque de los tres primeros, con peñilla, látigo y puños, contra Pérez, quien esgrimió un cuchillo. Pasado este incidente, se presentó Parmenio Ruge con una peñilla en la mano, en defensa de Pérez, pero al enfrentársele Vargas y los Acevedos salió huyendo, yendo a caer a una

zanja, donde se le arrojaron sus perseguidores. De allí salió Ruge diciendo que se le había perdido un revólver. En esos momentos se acercó Pérez, a quien Carlos Julio dio un empujón que le derribó sobre un vallado, de donde se levantó con un cuchillo en la mano y atacó a Víctor Manuel. Entre éste y su hermano Carlos Julio agarraron a Pérez, quien un rato después se desplomaba herido de muerte.

La anterior relación, unida a la circunstancia de haber resultado heridos los Acevedos con arma cortante y punzante, demuestra que entre éstos y Cristóbal Vargas, de un lado, y Parmenio Ruge y Jobo Neftalí Pérez, del otro, hubo un combate singular y a mano armada, en el cual fue muerto este último, al parecer sin traición ni alevosía.

De manera que la modalidad de la riña, agregada por el Jurado, responde a la realidad del proceso. Lo relativo a saber quién la provocó no fue resuelto por el veredicto, como se dijo antes.

La prueba de los hechos, acaso por la forma como se desarrollaron, no suministra indicación clara acerca de la persona o personas que promovieron la reyerta.

Se trata de un punto dudoso y lo razonable es resolverlo a favor de los acusados, de acuerdo con el principio *in dubio pro reo*.

De rigor es considerarlos como responsables de un homicidio atenuado, sancionado por el artículo 602 del anterior Código, que fue la conclusión a que llegaron el Juez a quo, el Fiscal del Tribunal, un Magistrado de éste y el señor Procurador Delegado en lo Penal.

De consiguiente, prospera la causal 1ª de casación invocada, por el aspecto de indebida aplicación de la ley penal, lo que determina la invalidación parcial del fallo

recurrido y el pronunciamiento por la Corte del que debe reemplazarlo.

A mérito de lo expuesto, 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, de fecha 27 de mayo del año próximo pasado, por la cual se impuso a Carlos Julio y Víctor Manuel Acevedo la pena principal de seis (6) años de presidio por el homicidio de Jobo Neftalí Pérez, y en su lugar condena a cada uno de los citados Acevedos, con aplicación en tercer grado del artículo 602 del Código de 1890, a las siguientes penas: a tres (3) años de reclusión en el establecimiento que designe el Gobierno, computándoseles como parte cumplida de la sanción el tiempo que hayan permanecido en detención preventiva por este delito; a la pérdida de todo empleo o de toda pensión proveniente del Tesoro Nacional; a la pérdida por tiempo indefinido de los derechos políticos; a la pérdida, en favor del Estado, del arma con que se cometió el delito, y al pago de las costas procesales.

Por el Juzgado de origen se dará cuenta de esta sentencia al jurado electoral del domicilio de los reos para efectos de los derechos políticos.

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.



HOMICIDIO.—IRREGULARIDADES EN EL JURADO

En la formación de un jurado se introduce un factor de ilegalidad, acerca de las personas que deben constituirlo, cuando en su composición no tuvieren las partes oportunidad de recusarlo, debido a su formación parcial.

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

(Magistrado ponente: doctor Absalón
Fernández de Soto)

El Tribunal Superior de Buga, en sentencia fechada el 24 de julio del año próximo pasado, condenó a Eduardo Aristizábal a la pena principal de quince años de presidio por el homicidio (asesinato) de Eladio Vélez.

Tal fallo ha sido recurrido en casación y contra él aduce el reo varias causales.

El señor Procurador Delegado en lo Penal concretó su vista a la segunda del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, llegando a la conclusión de que se halla probada.

Tomando como base de estudio esta misma causal, la Sala considera:

El primer Jurado reunido en esta causa el día 16 de septiembre de 1938, lo constituyeron los siguientes ciudadanos:

Francisco Campo R.

Cornelio Lemos,

Fortunato Bonis Caicedo,

Jorge Martínez L.,

Adolfo Sanclemente.

Los dos cuestionarios que le fueron propuestos los contestó afirmativamente y por unanimidad.

La sentencia dictada en desarrollo de ese veredicto fue apelada. Al revisarla, el Tribunal declaró nulo lo actuado desde

el auto de 31 de agosto de 1938 (fs. 94 y vto., cuaderno principal), por el cual se señaló día para un sorteo parcial de jurados, teniendo en cuenta que al reemplazarse al señor Rafael Cárdenas, se insularon tres balotas, en lugar de una.

El Juzgado del conocimiento, en auto de 15 de febrero de 1939, dispuso reponer el procedimiento y reemplazar a los jurados Martínez, Sanclemente y Cárdenas. A los dos primeros porque no figuraban en la nueva lista de designados pasada por el Tribunal, y al último, porque aún existía el motivo de su excusa para servir el cargo. De paso se anota aquí que el señor Cárdenas ya había sido reemplazado, precisamente en la diligencia de sorteo que generó la nulidad decretada por el Tribunal (fs. 95, del mismo cuaderno).

Después de dos sorteos parciales, el Jurado quedó formado así:

Cornelio Lemos,

Fortunato Bonis C.,

Pedro Pablo Murgueitio,

Julio Hurtado,

Eduardo Campuzano.

El auto de 1º de febrero de 1940 señaló fecha para las nuevas audiencias. Estas no pudieron celebrarse porque el señor Campuzano dejó de concurrir. Antes de que se hiciera nuevo señalamiento, el defensor del acusado pidió que fuesen reemplazados los señores Bonis y Lemos, por haber formado parte del primer Jurado, y el señor Murgueitio por no figurar en la última lista de designados. El Juzgado, previo informe secretarial acorde con las afirmaciones del defensor, ordenó el reemplazo de los dos primeros y negó el del último.

Reemplazados los señores Bonis y Lemos, quedó definitivamente constituido el

nuevo Jurado de la siguiente manera:

Pedro Pablo Murgueitio,
Eduardo Campuzano,
José Valencia,
Alfonso Fina R.,
Julio Hurtado.

Como lo dice en su vista el señor Procurador Delegado, "de la relación anterior se desprenden dos conclusiones: Primera. Que el Juzgado procedió ilógicamente cuando dejó de reemplazar al señor Murgueitio, que no figuraba en la nueva lista, habiendo ya reemplazado a los señores Sanclemente y Martínez, por idéntica razón, es decir, por no figurar en aquella lista; y Segunda. Que la nulidad decretada por el Tribunal Superior ha debido cobijar toda la actuación a partir del auto en que se ordenó la práctica de la diligencia de sorteo general de jurados, toda vez que el sorteo parcial era improcedente porque ninguno de los jueces de hecho que habían manifestado su convicción sobre la responsabilidad del reo, era apto para formar parte de un nuevo tribunal de conciencia, prohibición consagrada por el artículo 243 de la Ley 57 de 1887 y reafirmada constantemente por la jurisprudencia".

Las irregularidades anotadas son las siguientes:

a) Se dejó de reemplazar al señor Pedro Pablo Murgueitio, quien no podía ser jurado por haber sido excluido de la nueva lista de designados elaborada por el Tribunal. La Corte en un caso análogo al presente, decretó la nulidad del proceso (sentencia de 30 de enero de 1932. Casación por doble homicidio y otros delitos. Causa contra Jesús Luna. Gaceta Judicial, Tomo 39, páginas 500 a 504).

b) En la formación del segundo Jurado se introdujo un factor de ilegalidad acerca de las personas que realmente debían constituirlo, desde luego que en su composición no tuvieron las partes oportunidad para recusar porque en vez de hacer un nuevo sorteo general, ya que todos los primitivamente sorteados estaban impedidos (numeral 5º, artículo 243,

Ley 57 de 1887), el Jurado se constituyó por medio de sucesivos sorteos parciales, en los cuales, como es sabido, no hay lugar a ejercer tal derecho.

Así las cosas, no fueron reemplazados debidamente los designados y se omitieron formalidades de las que la ley señala para los sorteos (numerales 2º y 4º del artículo 265 *ibidem*).

Demostrada, por los dos aspectos analizados, la 2ª causal de casación invocada contra el fallo recurrido, es de rigor invalidarlo, sin que haga falta examinar las otras causales alegadas.

Esta decisión no toca, para nada, como lo observa el señor Procurador, con la cuestión de la responsabilidad del recurrente Aristizábal en el delito de homicidio premeditado con características de asesinato.

A mérito de lo expuesto, 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, infirma la sentencia del Tribunal Superior de Buga, fechada el 24 de julio de 1940, que condenó a Eduardo Aristizábal a la pena principal de quince (15) años de presidio por el delito de homicidio (asesinato), cometido en la persona de Eladio Vélez; declara nulo lo actuado en este proceso desde el auto por el cual se señaló día y hora para la práctica de la diligencia de sorteo general de jurados, inclusive (fs. 89 vto., cuaderno principal), y ordena reponer el procedimiento de ahí en adelante, haciendo un nuevo sorteo total.

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.

HERIDAS — ROBO

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

(Magistrado ponente: doctor Absalón Fernández de Soto)

El Tribunal Superior de Tunja condenó a Justiniano Hernández a cuatro años y medio de presidio por heridas en la persona de Siervo de Jesús Lemus, y a cuatro años y tres meses de igual pena como responsable de robo cometido en propiedad del mismo Lemus.

El acusado interpuso recurso de casación y su apoderado ante la Corte lo funda en dos motivos: errada interpretación de los hechos y violación de la ley penal.

A este negocio le son aplicables las causales de la ley 118 de 1931, por haberse iniciado con anterioridad al primero de julio de 1938 (artículos 722 y 724, Ley 94 de 1938).

Con relación al primer motivo de impugnación alegado contra la sentencia, dice el apoderado del recurrente que la prueba para condenar a éste por heridas es insuficiente y que por tanto debe absolversele por ese delito.

Esta acusación, como lo anota en su vista el señor Procurador Delegado en lo Penal, sería propia de la causal 5ª del art. 3º de la referida Ley 118, y su estudio pertinente si se tratase, no de un negocio fallado en primera instancia por un Juez de Circuito, como el presente, sino de uno ventilado ante el Jurado, cuyo veredicto hubiese decidido de la responsabilidad de Justiniano Hernández.

De consiguiente, carece de apoyo legal este motivo de casación.

Respecto de la violación de la ley penal, se expresa así el señor Procurador:

“En resumen, persigue el recurrente la aplicación de las disposiciones del nuevo Código Penal que, en su sentir, son más favorables al acusado”.

El estudio que sobre el particular hizo el Tribunal sentenciador, lo llevó a las siguientes conclusiones, que la Corte considera acertadas:

El delito de robo cometido por Hernández es el previsto en el artículo 778 en relación con el 785 del Código Penal de 1890. Fue sancionado con cuatro años y tres meses de presidio, por haberse graduado en término medio la delincuencia, en atención a que concurrieron las agravantes señaladas en los artículos 117 (numerales 3º, 5º, 6º y 10º) y 791 (numerales 1º, 2º y 3º).

Ese mismo delito está reprimido en el nuevo estatuto con tres a catorce años de presidio, por cuanto se ejecutó en despojado y con empleo de armas (artículo 404, inciso 1º). Esta disposición la consideró el Tribunal, con razón, más desfavorable para el reo, pues acompañando a Hernández circunstancias de mayor peligrosidad, es evidente que no habría podido aplicársele el mínimo de la pena de aquel artículo. La apreciación del Juez en esta materia está limitada expresamente por el artículo 39 del mismo Código.

Igual cosa puede decirse respecto del delito de heridas, cuya sanción habría sido más grave para el acusado si deja de aplicársele el antiguo Código, para preferir el nuevo, que habría sido preciso aplicar en toda su integridad, como lo dicen el Tribunal y el señor Procurador.

No estando demostradas ninguna de las dos causales aducidas contra el fallo recurrido, éste debe mantenerse.

A mérito de lo expuesto, 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, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, fechada el primero de julio de 1940, que condenó a Justiniano Hernández a cuatro años y medio de presidio por heridas en la persona de

Siervo de Jesús Lemus, y a cuatro años y tres meses de igual pena por el delito de robo cometido en propiedad del mismo Lemus.

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.

AUTOS DE SOBRESEIMIENTO

La conclusión a que llegó la Corte en providencia de 3 de diciembre último, relativa a la no consultabilidad de los autos de sobreseimiento definitivo dictados por los Tribunales Superiores, en sumarios iniciados a partir del 1º de julio de 1938, fecha de la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, obliga solamente a ella, como quiera que los razonamientos en que se funda están concretados al radio de su competencia.

El artículo 44 de dicho Estatuto, sobre atribuciones de los Tribunales Superiores, contiene reglas no exactamente iguales a las que regulan las facultades de la Sala Penal de la Corte.

El Tribunal de Bogotá, por acuerdo número 1º de 15 de julio de 1940, ha hecho saber a los Jueces de su jurisdicción que deben seguir sometiendo a consulta los autos de que se trata.

ACUERDO N.º 170.

En Bogotá, a tres de abril 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 señor Ministro de Gobierno, en oficio número 1070 de 26 de marzo último, se dirige a la Corte en estos términos:

“El Gobierno, teniendo en cuenta los conceptos emitidos por los doctores Jorge Gutiérrez Gómez, delegado en lo Pe-

nal de la Procuraduría General de la Nación, y Celedón Vanegas, Juez Permanente de Investigación Criminal, funcionarios que intervinieron en la investigación que se adelanta por los delitos cometidos en la Tesorería Municipal de Cartagena, y la solicitud formulada por el señor Julio Vélez Nicolao, estima conveniente, para la recta administración de justicia, decretar el cambio de radicación del respectivo sumario a otro Distrito Judicial, y para proceder legalmente, solicita de esa H. Corte Suprema el concepto correspondiente, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal”.

La Corte considera:

Como elementos de juicio se aducen los siguientes:

Primero. Los conceptos de los dos funcionarios a que se refiere el señor ministro. En el que suscribe el delegado de la Procuraduría se destacan estos párrafos:

“Se trata de un proceso de indiscutible importancia en que fueron perjudicados los bienes del Tesoro Municipal en una cuantía que asciende a varios centenares de miles de pesos, aunque en el primer momento el señor Juez Instructor doctor Celedón Vanegas, funcionario, que trabajó con actividad, entereza, pulcritud y competencia, tan solo hubiera podido determinar, como materia de los peculados y de la falsedad, la cantidad de \$ 96.000, en números redondos.

“El Instructor decretó la detención preventiva de ocho sindicados, que ocupan posición social destacada en Cartagena y algunos de los cuales tienen también alguna influencia de carácter político y pecuniario.

“La sociedad cartagenera aplaudió la actuación del investigador y expresó, por

boca de muchos de sus respetables miembros, el temor de que el proceso terminara en la impunidad por la situación difícil en que se encontrarían los jueces para juzgar con serenidad e independencia la conducta de ciudadanos que disfrutaban de posiciones influyentes. No creo necesario citar nombres aislados de las personas que me manifestaron aquella desconfianza de la independencia de los jueces y que me expresaron su deseo vehemente de que el Gobierno Nacional decretara el cambio de radicación.

"Quiero sí poner de presente tres hechos que estimo suficientes para que el Gobierno forme criterio sobre el punto a que se refiere su nota:

"a) En el Departamento de Bolívar han sido muy numerosas las denuncias presentadas ante las autoridades por el delito de peculado, sin que hasta el momento presente se haya realizado la primera condena, según informes fidedignos que tengo.

"b) La prensa de la Costa Atlántica, y creo que también la de Bogotá, publicó la noticia de la tentativa que se realizó para sustraer del Juzgado 2º Superior de Cartagena el informativo a que he hecho referencia.

"c) El Juez 2º Superior, doctor Adolfo J. Bermúdez, me manifestó verbalmente que en Cartagena no había jueces capaces de fallar con imparcialidad ese negocio, manifestación que hice conocer inmediatamente al Fiscal 1º del Tribunal Superior, doctor Carlos Gustavo Arrieta, quien es partidario decidido del cambio de radicación, como lo son también el Fiscal 2º del Tribunal y los dos fiscales de los Juzgados Superiores.

"Al día siguiente de haberme ausentado de Cartagena, recibí los siguientes telegramas:

"Orden Público. — Cartagena, marzo 15/41.—Jorge Gutiérrez Gómez.—Procurador delegado.—Gobernación. — Barranquilla.—Juez Bermúdez acaba poner libertad incondicional Leopoldo Porto sindicado delitos cometidos Tesorería Municipal. He apelado tal providencia. Espero

instrucciones. Servidor, Fiscal Villarreal".

"Cartagena, marzo 15/41. — Qutiérrez Gómez. — Gobernación.— Barranquilla.— Acaba consumarse parte acto pronostiqué. Villarreal infórmale. Considero oportuna intervención suya. Salúdolo, Arrieta".

El rendido por el investigador especial, doctor Celedón Vanegas, dice en sus apartes principales:

"En concepto del suscrito la radicación del expediente en mención, en un Distrito Judicial distinto del de Cartagena, se hace necesario si se tiene en cuenta la naturaleza e importancia de la sumaria, los personajes que se encuentran sindicados..... y detenidos, quienes en su mayoría tienen estrechos vínculos de familia, de amistad y políticos en aquella ciudad. A lo anterior se agrega el ambiente general que se ha formado alrededor de la investigación en todas las esferas sociales, ambiente completamente desfavorable para que la justicia ordinaria de Cartagena continúe conociendo del expediente aludido.

"Durante mi permanencia en Cartagena, que fue de 50 días, oí múltiples conceptos de personas que merecen todo crédito, sobre la ineficacia y parcialidad de la generalidad de los Jueces y Magistrados que integran el Poder Judicial en aquella importante región del país. El pueblo, cuyo pensamiento tuve oportunidad de conocer por medio de sus principales dirigentes, anhela con vehemencia que se haga justicia y por ende que se castigue a los responsables del monstruoso asalto al fisco municipal".

Segundo. Una carta del propio Juez a cuyo conocimiento se encuentra el mencionado informativo, doctor Adolfo J. Bermúdez, en la cual dice al delegado de la Procuraduría lo siguiente:

"Le voy hablar en mi condición de Juez Segundo Superior a cuyo cargo está la investigación del affaire de la Tesorería Municipal de esta ciudad. La investigación ha seguido su curso y se han presentado cosas muy feas que no puedo decirle

en esta carta, apareciendo comprometidos personajes de prestancia social y política que temo del buen resultado de la investigación, hasta de mi propia vida. Esto cada día empeora a medida que avanza la investigación. La sociedad está muy pendiente de todo y los ánimos excitados en espera de nuevas detenciones que todavía no se han decretado.

“Por todo esto, por lo que usted sabe personalmente le suplico como amigo de usted interponga las influencias que le brinda su alta posición para conseguir el cambio o radicación de este negocio fuera de la ciudad.

“Muy mucho le sabré agradecer la atención que le merezca mi solicitud, que traerá la tranquilidad a mi ánimo, al de mi mujer y de mis familiares justamente quebrantada por la magnitud de este negocio”.

Tercero. Una relación de los procesos que por el delito de peculado han cursado en los últimos años en los dos Juzgados Superiores de Cartagena y en el Tribunal de ese Distrito Judicial, y

Cuarto. Varios números de periódicos, en los cuales se da cuenta del intento de sustracción del expediente en cuestión.

Como se ve, la trascendencia del proceso, la sobresaliente posición social y política de los presuntos responsables, el intento de sustracción del sumario, el número alarmante de delitos de peculado denunciados en los últimos años ante las autoridades del Departamento de Bolívar y no sancionados hasta la fecha, las comunicaciones dirigidas al Delegado de la Procuraduría por dos agentes del ministerio público contra algunas actuaciones realizadas en dicho proceso, las manifestaciones verbales que a él mismo hicieron los Fiscales del Tribunal y de los Juzgados Superiores sobre la necesidad de cambiar la radicación y, finalmente, los términos angustiosos de la carta del Juez doctor Bermúdez, son hechos que, relacionados entre sí, demuestran la existencia en Cartagena de un ambiente de incertidumbre acerca del éxito de esta grave investigación, y hasta de inseguridad

para los funcionarios que en ella están interviniendo.

Abundan, pues, las razones para que el Gobierno, de acuerdo con la facultad que le confiere el artículo 58 de la Ley 94 de 1938, y con fundamento en el motivo invocado por el señor Ministro, disponga el cambio de radicación a otro Distrito Judicial del sumario que se adelanta en el Juzgado Judicial Segundo Superior de Cartagena por los delitos cometidos en la Tesorería de ese Municipio. De consiguiente, el concepto de la Corte, Sala de Casación Penal, es favorable a tal medida.

Aquí debiera terminar la actuación de la Corte ante la solicitud del Gobierno. Pero es el caso inopinado que en un documento oficial destinado a justificar la necesidad de variar la jurisdicción del referido sumario, el Delegado en lo Penal del Procurador General de la Nación ha tenido a bien ligar un antiguo e inquietante problema social con providencias de la Corte de muy reciente data.

Dice en la página 2 de su informe al Ministro de Gobierno:

“Quiero sí poner de presente tres hechos que estimo suficientes para que el Gobierno forme criterio sobre el punto a que se refiere su nota:

“a) En el Departamento de Bolívar han sido muy numerosas las denuncias presentadas ante las autoridades por el delito de peculado, sin que hasta el momento presente se haya realizado la primera condena, según informes fidedignos que tengo.

“Acompaño a este respecto el oficio número 1075 del Contralor del Departamento; un duplicado del oficio en que di respuesta a esa comunicación; el oficio 1109 del mismo Contralor; y una relación de los procesos que por el delito de peculado han cursado en los últimos meses en los dos Juzgados Superiores y en el Tribunal.

“Con la jurisprudencia de la Corte de que los sobreseimientos no tienen consul-

ta, la impunidad en esta clase de delitos, como en los demás, está aumentando a ojos vistas”.

Alude aquí el Procurador Delegado a la opinión de la Corte sobre la consultabilidad de los autos de sobreseimiento definitivos dictados por los Tribunales Superiores, en sumarios iniciados a partir del primero de julio de 1938, fecha en que entró a regir el nuevo Código de Procedimiento Penal.

En providencia de primero de junio de 1940, dijo esta Sala que no existiendo en dicho estatuto precepto legal que establezca la consulta de aquellos autos, la Corte no podía arrogarse ese grado de jurisdicción.

En desacuerdo con la Sala, el Procurador Delegado en lo Penal pidió reconsideración de la expresada providencia y de otras pronunciadas con posterioridad en igual sentido, por lo cual la decisión final quedó pendiente hasta el 3 de diciembre próximo pasado en que, después de varios meses de deliberaciones acerca de los diferentes aspectos de la cuestión, la Corte hubo de llegar a la conclusión de que no podía suplir la falta voluntaria o involuntaria que se advertía en el nuevo Código, en lo concerniente al capítulo de sus atribuciones, asumiendo funciones propias del legislador.

Siendo evidente que la norma legal que se echa de menos correspondía dictarla al órgano legislativo, la Corte manifestó, en su citada providencia de 3 de diciembre, que el 23 de septiembre anterior había dirigido un mensaje motivado al Congreso Nacional, en el cual plantea la necesidad de introducir reformas al nuevo Código de Procedimiento Penal, entre ellas, la relativa a la consulta de los sobreseimientos. No sobra agregar que la Sala se puso en contacto con los miembros de las respectivas comisiones parlamentarias a fin de colaborar con ellas, como lo hizo durante varias semanas, en estudio del proyecto que esta misma Sala había redactado.

La jurisprudencia de la Corte, si así puede llamarse el obvio reconocimiento

de que ella no puede ejercer facultades jurisdiccionales que la ley no le confiere, expuesta en firme, como queda dicho, el 3 de diciembre último, se publicó en el número de la Gaceta Judicial de la Corte Suprema, que empezó a circular en Bogotá hace apenas tres días.

Tal declaración obliga solamente a la Corte, como quiera que está concretada al radio de su competencia, sin que en modo alguno se refiera a la de los Tribunales, cuyo capítulo de atribuciones contiene reglas no exactamente iguales a las que regulan las facultades de esta Sala.

Admitiendo que alguno o algunos de los Tribunales de Distrito Judicial tuvieron oportunidad de enterarse de que la Corte, por auto de junio de 1940, solamente ejecutoriado en diciembre, se consideró inhibida para conocer de la consulta de los sobreseimientos dictados en primera instancia por los Tribunales, en asuntos iniciados bajo la vigencia del nuevo Código, la realidad, la que conoce la Corte, no permite deducir que tales entidades se hayan guiado, en lo que a ellas compete, por la tesis expuesta por la Sala en aquellas providencias.

Carece la Corte de información completa acerca de la manera como cada uno de los Tribunales haya resuelto la cuestión de la consultabilidad de los sobreseimientos, ante las disposiciones del nuevo Código de Procedimiento Penal, en orden a la esfera de sus atribuciones propias. El Tribunal Superior de Bogotá, según información publicada en alguno de los diarios de la ciudad, a fines del año pasado expidió un acuerdo sobre el particular, en el cual considera que los autos de que se trata, dictados por los jueces de su jurisdicción, deben seguir siendo sometidos a consulta, en los casos a que el acuerdo se refiere. Es decir, que el Tribunal de Bogotá, cuya sede le permite estar al corriente, día a día, de las decisiones por consulta los autos de sobreseimientos de la Corte, no entendió que ésta, al manifestarse legalmente inhibida para pronunciarlos por los Tribunales Superiores con aplicación del nuevo Cód-

go de Procedimiento Penal, hubiera establecido un precedente general aplicable, por analogía, a las providencias similares de los jueces superiores y de circuito.

En el caso concreto del Departamento de Bolívar, la Sala ha examinado detenidamente los documentos que con el fin de comprobar los hechos e ilustrar sus razonamientos, presenta al Gobierno el Delegado de la Procuraduría. Cita en primer lugar el oficio 1075 del Contralor Departamental de Bolívar. Este empleado le dice al Procurador Delegado que, deseando aprovechar su estadía en Cartagena, le suplica que intervenga ante los Jueces Superiores a fin de que activen la tramitación de las investigaciones por delitos de peculado denunciados por él; sigue la respuesta del Procurador pidiéndole la lista de las denuncias, y al folio siguiente está el nuevo oficio del Contralor, número 1109, que la contiene.

Vienen luego los documentos esenciales, los que contienen "la relación de los procesos que por el delito de peculado han cursado en los últimos meses" (subraya la Corte), pues esta anotación relativa al breve término en que ha ocurrido un número considerable de delitos en aquella importante sección del país pertenece al Delegado en lo Penal de la Procuraduría General de la Nación y la hace porque quiere poner de presente al Gobierno los hechos en que funda su información.

Véase ahora lo que demuestra la documentación:

Que en los Juzgados Superiores de Cartagena hay treinta y un sumarios por delitos de peculado, iniciados en 1938, 12 en 1939 y 18 en 1940. De los 18 sumarios iniciados en 1940 corresponden 11 al primer semestre y 7 al segundo.

Que al Tribunal Superior de Cartagena entraron, del 26 de mayo de 1939 al 13 de marzo de 1941, 17 sumarios, también por delitos contra la hacienda pública, así: 16 en consulta de autos de sobreseimiento, no se sabe si con aplicación del nuevo Código o del antiguo, pues no se indica la fecha de su iniciación, y uno en apelación del auto de enjuiciamiento.

¿Y qué ocurrió con tales procesos en el Tribunal? ¿Es que acogióse a lo resuelto en su caso por la Corte, esa entidad declaró que no tenía competencia para conocer de la consulta y en tal virtud los autos se archivaron sin revisión? No. De los 17 fallos, el Tribunal ha confirmado 11; revocó 1, el de llamamiento a juicio; reformó 2, no se sabe en qué sentido; se declaró inhibido para conocer de la consulta de 1 (pero esto ocurrió el 7 de noviembre de 1939); está en lista 1; y, en fin, sólo en 1 se declaró sin jurisdicción, ya con fecha 21 de junio de 1940, sin que este dato cronológico que coincide con los días en que la Corte se ocupaba en estudiar la reconsideración pedida por el Procurador, tenga ninguna significación, entre otras razones, porque con posterioridad a esa fecha el Tribunal asumió jurisdicción confirmando varios sobreseimientos. El último fallo de esa entidad por el cual "confirma la providencia consultada" es de 17 de febrero de 1941.

Hay también un oficio del Fiscal del Tribunal Superior de Cartagena (folio 12), por el cual remite al Procurador Delegado la relación, manifestando expresamente —y así lo dice además su encabezamiento— que "versa sobre los negocios que por el delito de peculado han cursado por el Tribunal mencionado en el lapso cumplido entre el 26 de mayo de 1939 y el 13 de marzo de 1941" (subraya la Corte). O sea el tiempo de entrada al Tribunal de los 17 sumarios ya calificados por los Jueces de primera instancia. Es de presumirse que la época de los delitos o denuncias se remonta a un período de años bastante anterior.

Total: 48 denuncias por peculado en varios años, de los cuales corresponden 18 al año de 1940, con esta particularidad: que 11 se presentaron en el primer semestre y 7 en los seis últimos meses de ese año. No hay constancia en los cuadros de sumarios iniciados en los meses corridos de 1941.

De donde se deduce que si fuera admisible ligar elementos tan heterogéneos, como lo ha hecho el Procurador Delega-

do, el balance de la delincuencia por peculado sería favorable a los últimos meses, época de los aludidos fallos de la Corte. Y resulta, además, que el Tribunal de Cartagena, por el mismo tiempo, sólo se declaró sin jurisdicción para conocer de la consulta del sobreseimiento en un solo caso, entre diez y seis, sin que tampoco se conozca el motivo legal que tuviera para ello.

Pero esto de las fechas de iniciación y demás pormenores que aparecen en la referencia particular de cada proceso, serían útiles a quien piense que tiene importancia inquirir si en el resultado, hasta hoy ineficaz, de tan copioso número de investigaciones por peculado, le cabe alguna responsabilidad a jueces, magistrados, secretarios y en general al vasto tren de funcionarios judiciales, administrativos y del ministerio público que han intervenido directamente en ellas, o que teniendo la misión especial de activar la acción pública le han abandonado.

Al Delegado de la Procuraduría General de la Nación le ha interesado más en este caso hallar en una decisión de la Corte la fuente primear de lo que considera fenómeno social de reciente aparición. Ante la desconcertante estadística judicial de Cartagena por delitos contra la hacienda pública y a fin de que el alto Gobierno a quien se dirige "forme criterio" afirma sin vacilar: "está a ojos vistas" el aumento de la impunidad en toda clase de delitos como consecuencia de la "jurisprudencia de la Corte de que los autos de sobreseimiento no tienen consulta". Y esto dicho a propósito del cambio de radicación de un sumario por fraudes contra el Tesoro Municipal de Cartagena, ocurridos en el curso de varios años y sólo denunciados ahora.

La Corte no puede pasar por alto esta clase de conceptos, que no se conforman con lo que debe ser una contribución serena al estudio de los problemas de la administración de justicia.

En los respectivos expedientes están expuestos los principios jurídicos que determinaron a la Corte a resolver, en el sentido que se deja explicado, la cuestión creada por haber sido suprimidas las normas legales sobre consulta de los sobreseimientos, en el nuevo Código de Procedimiento Penal. En una palabra, el criterio de la Sala se inspira en la doctrina de separación de los órganos del poder público y en el acatamiento debido al principio de legalidad, bases del sistema de garantías sociales consagrado en la Constitución. Las autoridades no tienen otras atribuciones que las que expresamente les confieren las leyes.

Mas si los razonamientos de la Sala no han tenido la fortuna de modificar el criterio del Delegado en lo Penal del Procurador General de la Nación, el afecto profesado a las propias opiniones debe ceder al menos ante la necesidad cada vez mayor de mantener inalterable el respeto y la confianza que el país tiene en su más alto Tribunal de Justicia.

Cópiese, transcribáse la parte pertinente al Procurador General de la Nación, publíquese en la Gaceta Judicial, y envíese al Ministerio de Gobierno, con sus antecedentes.

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, Srío.

Reiteradamente ha dicho la Corte que cuando ni el cuestionario ni el veredicto expresan modificación alguna, el juzgador de derecho no puede, al dictar la sentencia, declarar modalidades ajenas de la respuesta categóricamente afirmativa de los jurados, so pretexto de interpretar un veredicto que por su insuperable sencillez no es susceptible de interpretación. Y en lo que se refiere a la pretensión de ser ilegal el fallo del Tribunal por no haber aplicado el art. 602 del Código de 1890, de preferencia al 600, cabe observar que siendo potestativo del Juez de derecho declarar que el caso de que se trata es uno "de los menos graves" dentro del delito de homicidio, el juzgador de derecho puede formar con toda libertad su juicio en ese sentido o en el contrario, sin que por ello pueda hacerse a la sentencia el cargo de ilegalidad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, cinco de mayo de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo)

Dos causales de casación, la 1ª y la 5ª de la Ley 118 de 1931, ha invocado Lucas Pedraza Munar contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo que le impuso ocho años de presidio como responsable de la muerte violenta de Carlina Sanabria de Granados.

En cuanto a la causal 5ª —notoria injusticia del veredicto— como acertadamente lo hace notar el señor Procurador Delegado, no puede la Corte entrar a estudiarla porque la ley exige para ello que

el punto se haya debatido previamente en las instancias, lo cual no ocurrió en el presente caso.

Además, tampoco se plantea aquí la cuestión de injusticia en el veredicto por el aspecto de que se haya cometido un grave error, v. gr., el de haber declarado responsable a un inocente, sino que apenas, se hace el cargo de que "el Jurado cometió injusticia al no sentar modificación sobre las circunstancias en que se cometió el hecho, pues ha debido sacarlas de la confesión extrajudicial, de la declaración de la de Ostos, de la de Gregorio Mayorga.."

Estos reparos sobre la información del Jurado, deficiente en sentir del interesado, están muy lejos de ser un verdadero ataque contra el veredicto por notoria injusticia. No prospera, pues, el recurso por la causal 5ª.

La acusación de la sentencia por la causal 1ª, errónea interpretación o indebida aplicación de la ley penal, se ha formulado por dos aspectos o motivos de ella: 1º El Tribunal impuso la pena que señala el artículo 600 del Código de 1890, siendo así que ha debido aplicarse otro artículo, bien el 605, el 604 o el 602 *ibídem*; 2º Al calificar la delincuencia el Tribunal situó el caso en el segundo grado, apreciando para ello como circunstancias agravantes algunas que no tienen ese carácter.

Primer punto. El artículo 600 del Código Penal de 1890 que determina la sanción imponible para el delito de homicidio simplemente voluntario no debió aplicarse a Pedraza Munar, dice el recurrente, porque el caso en cuestión es el de un homicidio atenuado, cometido en el acto de recibir golpes (artículo 604); y agrega que si esto se acepta, "sería el caso de sostener la tesis de que se trata de homi-

cidio en caso menos grave con aplicación del artículo 602 en relación con el 587 del Código Penal”.

Sobre estos puntos hay copiosa y terminante jurisprudencia de la Corte, en contra de las dos soluciones alternativas que el recurrente propone.

En cuanto a la aplicación para el presente caso de los artículos 604 o 605 del Código Penal de 1890 esta Sala ha dicho repetidas veces que cuando ni el cuestionario ni el veredicto expresan modificación alguna, el juzgador de derecho no puede al dictar la sentencia declarar modalidades ajenas a la respuesta categóricamente afirmativa de los jurados, so pretexto de interpretar un veredicto que por su insuperable sencillez no es susceptible de interpretación.

Y en lo que hace a la pretensión de ser ilegal el fallo del Tribunal por no haber aplicado el artículo 602 del Código, de preferencia al 600 cabe observar que siendo potestativo del Juez de derecho declarar que el caso de que se trata es uno “de los menos graves” dentro del delito de homicidio, el juzgador de derecho puede formar con toda libertad su juicio en ese sentido o en el contrario, sin que por ello pueda hacerse a la sentencia el cargo de ilegalidad.

Segundo punto.—Cómputo excesivo de circunstancias agravantes. Acerca de esta cuestión el señor Procurador Delegado hace las juiciosas observaciones que la Sala acoge y que en seguida se transcriben:

“Las agravantes capitalizadas contra el reo fueron dos: el sexo femenino de la víctima y el mayor perjuicio que se causó con el delito, por la orfandad en que quedaron los hijos de la víctima, entre los cuales se cuenta uno de pocos meses de nacido.

“La manera sorpresiva e injusta como Pedraza acometió a la Sanabria, no sólo aprovechando las sombras de la noche sino la indefensión de aquélla, hacen palmaria la aplicación de la agravante derivada del sexo y de la debilidad de la víctima.

“Y como ésta era madre de familia pequeña, cosa que perfectamente debía saberlo el acusado, puesto que él confiesa que conocía a la Sanabria ‘casi toda la vida’, resulta que el delito perpetrado en esta mujer revistió un perjuicio mayor del que ordinariamente se causa con el homicidio, desde luego que los hijos pequeños y sobre todo un niño de tres meses de edad, necesitan preferentemente los cuidados de la madre, que son insustituibles.

“Esta agravante está plenamente establecida con los testimonios de Dionisio Granados, Antonio Rincón S., Andrés Merchán, Domingo Rincón Granados, Cándido Alvarez y Espíritu Fuquen.

“Pero aún aceptando que tal agravante no tuviese esa calidad, quedaría otra en pie, que es la embriaguez voluntaria del acusado, confesada por él mismo en sus indagatorias.

“Total que, por lo menos, quedan en firme dos agravantes para sostener el segundo grado en la aplicación de la ley penal. El Tribunal fue, sí, benigno al rebajar la sexta parte diferencial que autoriza el artículo 124 del anterior Código, siendo así que la gravedad del homicidio cometido por Pedraza no daba margen para disminuir la pena”.

No se encuentra fundada la causal 1ª de casación y, por tanto, no prospera el recurso.

Sobra decir que ni siquiera podría hablarse en este caso de posible favorabilidad del nuevo Código, porque éste señala para homicidio como el de que aquí se trata una sanción mínima de ocho años de presidio que es, cabalmente, la impuesta por la sentencia recurrida.

Por los considerandos que preceden la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, 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 Santa Rosa de Viterbo, fechada el catorce de diciembre de mil novecientos treinta y nue-

ve, que condenó a Lucas Pedraza Munar a la pena principal de ocho años de presidio, como responsable de la muerte de Carlina Sanabria de Granados.

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.

COLISION DE COMPETENCIAS

La intención y el propósito delictivos son fenómenos internos que no caen dentro de la órbita del derecho, puesto que carecen de la virtud requerida para que la defensa social ejerza su función de reprimir, ni aun en el caso de que aquellos sean conocidos del poder público, excepto las figuras *sui generis* de concierto, asociación y propuestas para violar la ley penal.

Así, y como no siempre coinciden el lugar de la ideación de un delito y aquel en donde éste se realiza, el abuso de confianza por apropiación de las cosas muebles a que se refiere la presente colisión de competencia, se consumó en el territorio del municipio en que el acto positivo de la enajenación de dichas cosas reveló la intención del procesado, no olvidando dos puntos de suma importancia: que el abuso de confianza es delito instantáneo y que el que cometiera no fue por uso indebido, sino, se repite, por apropiación.

(Véase *Gaceta Judicial*, número 1959, de agosto y septiembre de 1940, páginas 871 y 872).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo cinco de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Campo Elías Aguirre)

Vistos:

Ha venido de nuevo a la Corte este negocio para decidir la colisión de competencias de los Jueces Municipales de Sevilla (Valle) y Montenegro (Caldas), ya que se niegan a conocer del sumario por

abuso de confianza que se sigue contra Miguel o José J. García, alegando cada uno que es al otro a quien corresponde ese conocimiento.

Inútil es la tarea de repetir hoy la historia del suceso, prolijamente narrada en varios autos, y así la Sala va de lleno al fondo del asunto, no sin expresar que la pugna de los dos Jueces procede de sus opiniones opuestas sobre el territorio en que se perpetrara la infracción.

Resultando:

Dice el Juez Municipal de Sevilla que como “la intención criminosa de apropiarse los semovientes” nació en el presunto reo desde el instante en que “tomó una vía distinta a la que se le había determinado”, el abuso se consumó en jurisdicción de Montenegro, lugar en donde surgió el propósito delictivo; y que si tuvo fin la intención en el Municipio de Sevilla con la venta de los animales, ello “no es más que una consecuencia de la apropiación ya hecha de las cosas”.

Y el Juez Municipal de Montenegro replica que el abuso de confianza no se realizó con la sola intención del agente sino con la enajenación de los machos, acto cierto que reveló el ánimo de García y por medio del cual acto se llevó a cabo el delito.

Considerando:

La tesis jurídica es la del Juez provocado, el de Montenegro, y lo que él manifiesta ya lo había sugerido la Corte en el auto de fs. 23 a 26.

En la compleja estructura de toda transgresión intencionada de la ley penal, el primer estado o aspecto lo forman el

pensamiento o concepción y la resolución, fenómenos internos que únicamente denotan la tendencia de la persona humana a ejecutar el delito, y que, por sí solos, se hallan fuera de las funciones del derecho, pues, como no afectan la seguridad colectiva, carecen de la virtud que se requiere para que la defensa social entre en su propio ejercicio de reprimir o sancionar.

Y aun cuando de esos fenómenos y tendencias se imponga el poder público, también queda excluida la punibilidad, excepto en los casos *sui generis* de concierto y de asociación y de propuestas para delinquir, y apenas habría campo para que interviniese el organismo encargado de la prevención de los delitos.

Si la mera intención es algo que no daña y que ni alcanza a constituir una peligrosidad predelictual, tampoco la intención adelantada hasta la tentativa, la frustración y la consumación, es por lo común norma fija para indicar en qué territorio se cometió el hecho criminoso, pues no siempre coinciden el lugar en donde se forma el propósito de violar la ley y aquel en donde la violación ocurre.

Con la teoría del Juez provocador sería menester suponer que el homicidio, el robo, etc., concebidos y resueltos en el municipio A para efectuarlos en el municipio B, se cumplieron en A, lo que es inaceptable.

Es verdad palmaria que la consumación de un delito no será sino la consecuencia del fenómeno interno que lo concibió y resolvió; más aseverar que en este abuso de confianza la venta de los semovientes fue el resultado de una "apropiación ya hecha de las cosas", es un error notorio.

Tratárase aquí de un abuso de confianza por uso indebido de los animales y no por apropiación de los mismos, y tendría razón el Juez Municipal de Sevilla cuando argumenta en torno al aserto de que García consumó su delito en Montenegro, una vez que se desvió del camino y finalidad señalados al entregarle las bestias. Pero el cargo es por abuso de confianza

en el primer término del artículo 412 del C. P., y siendo de ese modo la entidad mayor absorbe a la menor que es la del segundo inciso.

Que el abuso de confianza perteneciera a la clasificación de los delitos continuos, perfectos desde el primer momento y que se prolongan en el mismo estado criminoso, bajo un solo designio, con violación de una misma y única ley y en concurso de una sola acción, sean de continuidad transeúnte o bien desarrollada en un territorio único, y entonces el Juez competente no podría ser sino el Municipal de Montenegro que conoció a prevención.

Más el abuso de confianza, como todos los que atentan contra la propiedad ajena, es delito instantáneo. El Juez de Montenegro rechaza esa regla porque, dice, algunos de tales hechos "a veces son efecto de un largo proceso". Es clara la equivocación: la instantaneidad de un delito no está sujeta, de ninguna manera, al tiempo que tarde el delincuente en prepararlo ni a la complicación de factores para su ejecución. El delito instantáneo no implica unidad de acto, sino unidad de tiempo en la consumación, y trae la imposibilidad de repetirlo sin que en el nuevo hecho se vea un delito aparte. Y es que consumada la acción en el delito instantáneo, al recomenzarlo se emprende otro.

Por tanto, el delito instantáneo de abuso de confianza consistente en que Miguel o José García se apropiara en provecho suyo unas cosas muebles ajenas, que se le entregaron a título no traslativo de dominio, no se consumó cuando recibidos los dos machos y sus aparejos en la finca "Guatemala" del Municipio de Montenegro, para transportar maíz en la misma finca, concibió la idea y formó la intención o propósito de adueñarse de aquello, ni cuando con esa intención se fue por un camino diverso, ni cuando pasó al Municipio de Sevilla, porque semejante resolución oculta, de nadie conocida, aún no era ni un principio de ejecución del delito, y porque la circunstancia de tomar otra vía el procesado y de irse a territo-

rio de un distinto municipio, circunstancia que presentaba un abuso por uso indebido, solamente tenía la índole de un acto preparatorio, de equívoca naturaleza en orden al abuso por apropiación.

Ese específico abuso de confianza tuvo su consumación en el Municipio de Sevilla, en el momento en que, por los actos positivos de la compraventa, se descubrió el secreto ánimo de García y se caracterizó la apropiación de las cosas.

De acuerdo con los razonamientos anteriores y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, la Sala de Casación Penal de la Corte

Suprema de Justicia dirime la actual colisión de competencias en favor del Juez Municipal de Montenegro (Caldas) y dispone que el Juez Municipal de Sevilla (Valle) conozca del proceso contra Miguel c José J. García, por abuso de confianza consumado en el territorio de ese Municipio de Sevilla.

Al Juez competente se le enviará el negocio, y al de Montenegro debe dársele cuenta de la decisión.

Notifíquese y cópiese.

Campo Elías Aguirre — Absalón Fernández de Soto—José Antonio Montalvo.
Julio E. Argüello R., Secretario.

S O B R E S E I M I E N T O

La sentencia de Corte Plena, de 13 de mayo de 1941, declaró inexecutable la parte del artículo 722 del nuevo Código, que sustrae los procesos iniciados antes del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, fecha de su vigencia, de la aplicación de sus normas de carácter sustantivo, en los casos en que son más favorables al acusado que las reglas respectivas de la legislación anterior, y como es lo cierto que la no consultabilidad del sobreseimiento resulta favorable al sindicado, desde luego que la consulta puede traerle la revocatoria del sobreseimiento y el llamamiento a juicio, la Corte obra en consecuencia.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, junio tres de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Campo Elías Aguirre)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué ha remitido en consulta a la Corte el auto de sobreseimiento que profirió a favor de los doctores Víctor Julio Segura y Alejandro Galindo Z. por cargos de responsabilidad como Jueces 1º y 2º del Circuito de Ambalema.

Se trata de negocio iniciado bajo la vigencia de la anterior legislación penal.

El señor Procurador de la Nación, quien de manera tan insistente ha defendido la tesis de que los autos de sobreseimiento proferidos por los Tribunales Superiores deben ser consultados con la Corte, aun tratándose de procesos iniciados bajo la nueva ley de procedimiento penal, conceptúa, sin embargo, en el presente caso,

que debe la Sala inhibirse para conocer de la consulta del sobreseimiento, no obstante haberse iniciado y tramitado este negocio dentro de la vigencia del anterior código, que sí establecía expresamente tal consulta.

Para resolver se considera:

Que no tiene la Corte competencia legal, de acuerdo con el Código de Procedimiento vigente hoy, para asumir ese grado de jurisdicción, lo ha explicado y demostrado la Sala, apartándose del concepto de la Procuraduría, y por cierto que limitando con toda claridad el alcance de su tesis, en varios autos aprobados por unanimidad en la Sala sobre proyectos presentados por cada uno de los tres Magistrados que la integran. Una de esas providencias aparece publicada en la *Gaceta Judicial*, números 1964 y 1965, correspondientes a los meses de enero y febrero del presente año.

Tales decisiones versan sobre asuntos iniciados a partir del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, pues la Corte sí había venido conociendo por consulta de los autos de sobreseimiento dictados en negocios anteriores a tal fecha, ya que aquellos negocios debían seguir rigiéndose en un todo por el procedimiento anterior, de acuerdo con lo que dispone el artículo 722 del nuevo Código.

Dice el señor Procurador:

“Teniendo en cuenta la Procuraduría que la H. Corte acaba de decidir que los autos de sobreseimiento no son consultables conforme al nuevo Código de Procedimiento Penal, salvo el caso del artículo 430 de esa obra; y como en estas circunstancias el nuevo Código resulta más favorable al sindicado, desde luego que la consulta puede traerle la revocatoria del sobreseimiento y el llamamiento a juicio,

debe entonces darse aplicación a los artículos 22 de la Constitución Nacional, 40 del Acto Legislativo número 3 de 1910, 44 de la Ley 153 de 1887, 3º de la Ley 95 de 1936 y 5º de la Ley 94 de 1938, absteniéndose la Corte de revisar los autos de sobreseimiento en los procesos iniciados con anterioridad, al primero de julio de 1938, como lo es el presente”.

Por sentencia fechada el trece de mayo de este año la Corte en Sala Plena declaró inexecutable el artículo 722 del nuevo Código, “en cuanto sustrae los procesos iniciados antes del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, fecha de su vigencia, de la aplicación de sus normas de carácter sustantivo, en los casos en que son más favorables al acusado que las reglas respectivas de la legislación anterior”.

Esta decisión de inexecutable parcial del artículo 722 despeja el problema suscitado por la Procuraduría, porque

después de la sentencia dictada por la Corte Plena queda en claro que el nuevo Código puede aplicarse en negocios antiguos, y es lo cierto que la no consultabilidad del sobreseimiento resulta favorable al sindicado por las razones que el señor Procurador expresa en el párrafo transcrito.

A virtud de 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, se abstiene de revisar el auto de sobreseimiento consultado y ordena devolver el expediente al Tribunal de su origen.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Campo Elías Aguirre — José Antonio Montalvo — Absalón Fernández de Soto.
Julio E. Argüello R., Secretario.

RECURSO DE HECHO PARA OBTENER EL DE CASACION

Aunque en varias providencias de la Sala que terminó su período constitucional el primero de mayo de 1940 se resolvió que el recurso de casación en procesos anteriores a la reforma penal no podía concederse sino en los casos y condiciones de las leyes 78 de 1923 y 118 de 1931, puesto que el art. 722 del Código de Procedimiento Penal determinó que éste sólo será aplicable a los procesos iniciados después de la fecha en que tal estatuto empezó a regir, este aspecto del problema puede considerarse hoy despejado, porque en sentencia de 13 de mayo del presente año, la Corte en Sala Plena declaró inexecutable aquel artículo 722, "en cuanto sustrae los procesos iniciados antes del 1º de julio de 1938, fecha de su vigencia, de la aplicación de sus normas de carácter sustantivo, en los casos en que son más favorables al acusado que las reglas respectivas de la legislación anterior". Mas no es eso solo: es que el recurso de casación no puede concederse en el presente caso, ni de acuerdo con el antiguo ni con el nuevo Código.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, nueve de junio de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo)

El doctor Enrique A. Becerra, como apoderado del señor Ignacio Moya Bernal, ha interpuesto recurso de hecho ante la Corte a fin de que se le conceda el de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que impuso al señor Moya la pena principal de dos años y

veintidós días de reclusión por el delito de heridas en las personas de Luis Herrera e Isabel de Herrera.

Se negó el Tribunal a concederle el recurso de casación en los términos siguientes:

"No se concede el recurso de casación interpuesto, porque el código de procedimiento nuevo en el cual se apoya el petitorio para interponer tal recurso, no es aplicable para ese efecto por lo que hace a los asuntos que, como el presente, se iniciaron con el antiguo código. Así lo ha resuelto la Honorable Corte en diferentes fallos, entre los cuales puede citarse el dictado en la causa contra Faustino Torres, por hurto. (V. Gaceta Judicial, número 1948, páginas 319 a 321)".

La Sala ha examinado con la debida atención los escritos del señor abogado recurrente de hecho. Las alegaciones del señor doctor Becerra tienden a demostrar la tesis de que en materia penal debe aplicarse de preferencia la ley favorable al procesado, aun cuando sea posterior; y que tal doctrina debe aceptarse en el presente caso, no obstante lo dispuesto por el artículo 722 del nuevo Código de Procedimiento Penal, por cuanto el recurso de casación no es, propiamente hablando, un trámite sino un episodio nuevo y posterior al proceso, en que se ventila una acusación contra la sentencia. En desarrollo de esa tesis transcribe el estudio presentado a esta Sala, como salvamento de voto, por el ex-Magistrado doctor Salvador Iglesias; allí se sostiene que el recurso de casación debe concederse en los términos del nuevo Código aun cuando se trate de procesos iniciados con anterioridad a la vigencia del mismo.

Verdad es que en varias providencias de la Sala que terminó su período consti-

tucional el primero de mayo de mil novecientos cuarenta se resolvió que el recurso de casación en procesos anteriores a la reforma penal no podía concederse sino en los casos y condiciones de las leyes 78 de 1923 y 118 de 1931, puesto que el artículo 722 del Código de Procedimiento Penal determinó que éste sólo será aplicable a los procesos iniciados después de la fecha en que tal estatuto empezó a regir.

Pero este aspecto del problema puede considerarse hoy despejado, porque en sentencia de trece de mayo del presente año, la Corte en Sala Plena declaró inexecutable aquel artículo 722, "en cuanto sus trae los procesos iniciados antes del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, fecha de su vigencia, de la aplicación de sus normas de carácter sustantivo, en los casos en que son más favorables al acusado que las reglas respectivas de la legislación anterior".

Según el artículo 1º de la Ley 78 de 1923 no sería admisible la casación contra la sentencia a que se refiere este recurso de hecho, dada la cuantía de la pena impuesta que es de dos años y veintidós días de reclusión.

Queda, pues, únicamente por examinar si de conformidad con las disposiciones del nuevo código debe o no concederse el recurso de casación de que se trata.

Tampoco tiene derecho el señor Moya Bernal a ese recurso de conformidad con el nuevo Código porque el artículo 557 de éste contempla el caso de "delitos que tengan señalada una sanción privativa de

la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años".

El Tribunal sentenciador aplicó el art. 649 y el inciso tercero del artículo 645 del viejo Código: el primero de ellos señala pena de dos meses a un año de arresto por heridas que causen al ofendido una incapacidad no mayor de ocho días; y el segundo asigna pena de dos a cuatro años de reclusión para el caso de lesión o deformidad levísima.

Como se ve, ninguna de las dos disposiciones aplicadas por el Tribunal señala sanción cuyo máximo sea o exceda de cinco años y, por ende, a esta sentencia no la abarca el artículo 557 del nuevo Código de Procedimiento Penal.

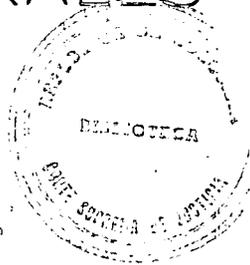
Fundada en estos considerandos la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es admisible el recurso de hecho interpuesto por el doctor Enrique A. Becerra, como apoderado del señor Ignacio Moya Bernal contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá fechada el diez y ocho de diciembre de mil novecientos treinta y nueve que le impuso, por el delito de heridas en las personas de Luis Herrera e Isabel de Herrera, la pena principal de dos años y veintidós días de reclusión.

Cópiese, notifíquese, transcribese al Tribunal Superior de Bogotá e insértese en la Gaceta Judicial.

José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre — Absalón Fernández de Soto.
Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

ASIGNACIONES POR CUENTA DEL TESORO PUBLICO.



Sea cual fuere el concepto por el que se decretan asignaciones a cargo del tesoro público, la prohibición que contiene el artículo 58 de la nueva codificación constitucional no admite distinciones al oponerse al goce simultáneo de más de una de aquellas. La única salvedad es la que hace la misma Carta al referirse a "lo que para casos especiales determinen las leyes".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, diciembre trece de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta)

El señor Abraham González, vecino de Medellín, demandó al departamento de Antioquia, ante el tribunal superior de Medellín, para que en juicio ordinario se le condene a pagarle la cantidad de \$ 4.680 valor del sueldo en dos años de González, como director seccional del Liceo Antioqueño de la Universidad de Antioquia, y como profesor de la misma, a razón de \$ 195 mensuales; o en subsidio la cantidad de \$ 3.600 por el solo sueldo, en los mismos dos años, de director del instituto nombrado, a razón de \$ 150 mensuales.

Sintetizando los hechos de la demanda, ellos consisten:

a) Desde el 1º de febrero de 1930 hasta el 27 de enero de 1937, el actor desem-

peñó las funciones de director seccional del Liceo Antioqueño, de la Universidad de Antioquia, y el cargo de profesor de redacción y ortografía de la sección universitaria para empleados y obreros, y de castellano en la Escuela de Comercio de la misma Universidad, por nombramientos que le hizo el consejo directivo de la Universidad;

b) El ejercicio de los cargos mencionados, y particularmente el de director seccional del Liceo, con la dedicación e intensidad que había obligación de prestarles, produjo en González un intenso cansancio cerebral acompañado de otras afecciones, que lo incapacitaron definitivamente para el desempeño de todo trabajo, especialmente de todo trabajo intelectual; de donde resulta inhabilitado para ejercer las funciones de la profesión de maestro y profesor, de la cual ha derivado siempre la subsistencia de él y de las personas que están a su cargo, funciones que son el único oficio que conoce y sabe desempeñar.

c) La enfermedad del demandante, calificada por los médicos que lo han examinado y atendido, de un estado de inestabilidad psíquica, resultado de un notorio desgaste cerebral, complicada con una gasto-coloptosis e insuficiencia hepática, es de las llamadas profesionales, es decir, adquirida a consecuencia de las habituales ocupaciones de quien la adquire; y fue la causa de que el consejo directivo de la Universidad de Antioquia prescindiera de sus servicios, lo que hizo en forma discreta, por medio de una

resolución general de insubsistencia de nombramientos, comunicada a González por oficio número 7 de 27 de enero de 1937, no sin reconocer de manera explícita la competencia y consagración con que cumplió siempre sus labores en la Universidad de Antioquia.

d) La Universidad de Antioquia es y ha sido siempre una dependencia del departamento del mismo nombre, aun cuando goza de personería jurídica en su calidad de establecimiento de educación; sus empleados son empleados departamentales que gozan de los mismos derechos y se hallan sujetos a las mismas obligaciones y cargas que los demás empleados al servicio del departamento.

e) Las ordenanzas departamentales número 11 de 1933 y 48 de 1935, dictadas en favor de los empleados y obreros del departamento, reconociéndoles los auxilios de enfermedad que allí se detallan justifican en lo pertinente las aspiraciones del demandante a obtener que se le decrete el reconocimiento del correspondiente auxilio por enfermedad adquirida al servicio del departamento;

f) El precitado auxilio le fue negado al demandante por el consejo directivo de la Universidad de Antioquia, y por eso aquel tiene que recurrir al poder judicial.

El juicio siguióse con la intervención del señor fiscal del tribunal superior de Medellín. Esta entidad le puso término con la sentencia de fecha 13 de septiembre del año próximo pasado, en la cual absolvió al departamento.

En virtud de apelación oportunamente interpuesta por el actor, el negocio subió a la Corte, donde se agotaron los trámites de la segunda instancia, por lo cual ésta está en estado de recibir la decisión final. En esta segunda instancia la entidad demandada está representada por el señor procurador delegado en lo civil, quien ha solicitado la confirmación del fallo apelado.

Razones de la absolución impartida por el tribunal.

La parte esencial de la sentencia ape-

lada, que contiene el único motivo que sirvió al tribunal de fundamento para negar la acción, dice:

“Según esto, el retiro del demandante del empleo obedeció a que se declaró insubsistente su nombramiento y no a enfermedad. No hay lugar a presumir que fue la enfermedad la causa que determinó la declaratoria de insubsistencia del nombramiento, por cuanto esa clase de empleos generalmente tienen períodos fijos y esa determinación del Consejo de la Universidad, coincide por su fecha con la iniciación de labores en el año escolar. También es de tenerse en cuenta que según constancias acompañadas por el demandante, los nombramientos tenían carácter de interinidad, y por lo mismo podían declararse insubsistentes en cualquier momento.

“No puede negarse que según los certificados médicos ratificados en declaración jurada, el demandante hacía bastante tiempo venía padeciendo desarreglos patológicos que minaron su organismo y que según los médicos que suscribieron esos certificados, el señor González está incapacitado para ejercer el magisterio, de una manera parcial según unos, absoluta según otros, pero no hay relación de causa a efecto entre lo uno y lo otro, pues aunque según las afirmaciones de que se viene hablando, la enfermedad se debe al exceso de trabajo, faltó al demandante establecer, que fue por causa de esa enfermedad por lo que no se le empleó más.

“Falta pues el motivo determinante, la razón de orden legal que obligue al Departamento a reconocer una indemnización, si no aparece la prueba de que el demandante se encontró en necesidad de retirarse de su trabajo obligado por su estado de salud, o que hubiera sido ésta, la causa para separarlo del empleo”.

Motivos de la Corte

I.—Por medio de las pruebas que adujo el demandante en las dos instancias de este juicio aparecen plenamente acreditados los siguientes hechos: a) Que desde el año de 1930 el señor González desem-

peñó sin interrupción el cargo de director seccional del Liceo Antioqueño de la Universidad de Antioquia y profesor interno de redacción y ortografía, de la sección nocturna universitaria, y de castellano en la escuela de comercio, hasta el 27 de enero de 1937, en que se le comunicó que su nombramiento había sido declarado insubsistente (fs. 5. 9 y 10 del c. número 1); b) Que según certificado que expidió el doctor Clodomiro Ramírez, rector de la Universidad de Antioquia desde el año de 1934, certificado ratificado luégo por su autor bajo juramento, el señor González "observó buena conducta como profesor y se distinguió por el interés que tomó por la educación de todos los jóvenes que concurrieron a sus aulas y por la Universidad de Antioquia; que el señor González quedó cesante en sus funciones desde el 27 de enero del año en curso (1937) y que si no se le reeligió para las clases que dictaba no fue por ninguna falta en el desempeño de dichas funciones pues su conducta fue siempre intachable" (fls. 7 del c. número 1 y 6 del c. número 2); c) Que durante el año de 1936 devengó un sueldo fijo de \$ 150 mensuales como director interno del Liceo Antioqueño, fuera de otros sueldos variables que se le pagaron como profesor de la escuela comercial y de la sección nocturna (fl. 11v. y 12 del mismo cuaderno); d) Que la Universidad de Antioquia es una entidad departamental, costeada por el Departamento de Antioquia, de cuyo gobernador dependen los nombramientos de rector y decano del instituto, y los empleados de éste son considerados como funcionarios departamentales, con los derechos y obligaciones de tales (fls. 9v. *ibidem*); e) Que en enero de 1937, a tiempo en que fue reemplazado de su cargo el señor González, sufría de cansancio cerebral interno como consecuencia del intenso trabajo intelectual a que estaba dedicado en las funciones que le competían en la Universidad de Antioquia, novedad que le impide en absoluto volver a las mismas labores y al ejercicio de su profesión de pedagogo (declaraciones de

los médicos que trataron y examinaron a González, doctores Roberto Uribe Vélez, Alberto Gómez Montoya, Miguel Guzmán y Eduardo Vasco; y dictamen pericial uniformes de los facultativos doctores Miguel M. Calle y Salvador Jaramillo B. (fls. 5v., 7, 7v. y 19 *ibidem*); f) Que antes del año de 1930, en que el señor González ingresó a la Universidad de Antioquia, había prestado sus servicios al magisterio en muchos establecimientos del Departamento de Antioquia, y en algunos años fue rector del Colegio Carrasquilla de Quibdó, en el Chocó, remontándose la iniciación de su carrera pedagógica al año de 1914 (fl. 10 y 13v. *ibidem*); g) y por último, que en el año de 1937, estando ya enfermo el demandante, fue solicitado a prestar sus servicios en establecimientos privados de educación, con sueldos halagüeños, viéndose obligado a rechazar las propuestas por razón de la pérdida de la salud.

II.—Por otra parte, la ordenanza número 48 de 29 de julio de 1935, en que el demandante funda su acción en derecho dice así en lo pertinente:

"Artículo 1º—Los empleados u obreros que presten servicios en el departamento gozarán de los siguientes auxilios: a) Del sueldo o jornal íntegro del empleado u obrero, de la asistencia médica y de las drogas necesarias en caso de enfermedad, durante el tiempo en que ésta los incapacitare para trabajar sin pasar de seis meses; b) Si a consecuencia de la enfermedad se disminuye en el empleado u obrero la eficiencia para el trabajo de una manera definitiva pero parcial, se le pagará además de su sueldo o jornal por un tiempo mínimo de un mes y máximo de seis (6) meses, previo concepto del médico departamental; c) Si a consecuencia de la enfermedad el empleado u obrero quedara definitiva y totalmente inhabilitado para toda clase de trabajo se le reconocerá su sueldo o jornal durante un año. Parágrafo.—Si la enfermedad que ocasiona las incapacidades de que se habla en las letras b) y c), fueren de las llamadas por la ley profesionales, el reconoci-

miento en el primer caso será hasta por un año, y en el segundo, hasta por dos (2) años”.

El señor González se acoge al derecho que otorga a los empleados departamentales el ordinal c) en relación con el párrafo del artículo 1º transcrito: auxilio equivalente al valor de dos años del sueldo que devengaba, por haber quedado totalmente inhabilitado para trabajar a consecuencia de una enfermedad de las llamadas profesionales, contraída al servicio del departamento de Antioquia en el ramo de instrucción pública.

El abundante arsenal probatorio allegado por el demandante acredita plenamente que él está dentro de la situación de hecho prevista por la ordenanza, ya que la enfermedad la contrajo desde antes de haber sido retirado de su empleo, y precisamente por razón de éste, circunstancia en la cual están de acuerdo todos los médicos que como testigos o peritos declararon o rindieron sus conceptos en el juicio, después de haber recetado o examinado al paciente.

De tal manera que de no existir en contra de la pretensión del demandante el obstáculo insalvable de que en seguida hablará la Corte, sería de estricta justicia reconocer al señor González la indemnización material de este juicio, puesto que los argumentos en que se basó el tribunal para desechar la acción carecen de sólida base. El argumento capital de la sentencia recurrida consiste, en efecto, en la afirmación de que no se acreditó que la enfermedad contraída por el demandante fuese en realidad la causa determinante de su retiro de la Universidad. Semillante objeción no resiste el menor análisis, puesto que el auxilio se merece por la circunstancia de contraer la enfermedad prestando el servicio de empleado u obrero del departamento. Basta ese solo hecho. Si contraída la enfermedad al empleado se le despide, no por eso pierde el derecho. Al contrario, con mayor vigor hácese acreedor a él, porque despedido será de más apremiante necesidad el au-

xilio. Pensar otra cosa es hacerle el cargo gratuito al departamento de que bajo los halagos de un estatuto de protección a sus servidores, esconde el medio de burlarlo, pues entonces sería muy fácil que nunca se cumpliera dicho estatuto acudiendo al expediente de despedir al empleado cuando llegue el momento de auxiliarlo, lo cual es incompatible con la seriedad que deben tener los actos jurídicos de todas las personas, mayormente las de derecho público.

También conviene observar que la declaración de insubsistencia del nombramiento del actor formulada cuando ya estaba enfermo, y sin que mediara ninguna explicación satisfactoria al respecto, confirma plenamente que en el concepto de los directores de la Universidad de Antioquia González estaba incapacitado para continuar sirviendo en ella.

De lo hasta aquí expuesto surge fácilmente la conclusión de que por la senda escogida por el tribunal es imposible jurídicamente llegar a la conclusión de que el departamento debe ser absuelto de los cargos formulados en la demanda.

Pero acontece que el señor González goza de una pensión de jubilación de \$ 80 a cargo del tesoro nacional, por sus servicios en el magisterio oficial en más de veinte años, según sentencia del 27 de noviembre de 1938 proferida por esta misma sala y que en copia auténtica aducida por el actor obra a folios 21 a 22 del c. número 2.

La existencia de la referida pensión constituye un obstáculo insalvable para la prosperidad del auxilio demandado en este juicio, debido a que el artículo 58 de la nueva codificación constitucional dispone de manera terminante lo siguiente:

“Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por Tesoro Público el de la Nación, los Departamentos y los Municipios”.

La palabra **asignación** de que se vale el transcrito canon constitucional significa cualquier "cantidad señalada por sueldo o por otro concepto", según la definición que de ella da el diccionario de la Real Academia Española.

Y es a todas luces evidente que tanto la pensión decretada por la Corte como el auxilio demandado son verdaderas **asignaciones** a cargo del tesoro público y que por lo tanto no pueden coexistir en favor de una misma persona.

En concepto del señor procurador delegado en lo civil la pensión de jubilación y el auxilio demandado son incompatibles, por cuanto existe "estrecha relación entre una y otra cosa, ya que González al solicitar la pensión de jubilación no tenía los sesenta años requeridos por la ley, y la Honorable Corte le reconoció ese derecho precisamente por padecer González de una enfermedad que lo imposibilita definitivamente para cualquier clase de trabajo. La misma enfermedad por la cual alega un auxilio del Departamento de Antioquia".

En realidad de verdad la incompatibilidad anotada no proviene del hecho alegado por el señor procurador sino sencillamente de la aludida disposición de la carta, que prohíbe terminantemente que una misma persona reciba "más de una asignación que provenga del Tesoro Público".

Es innegable que la pensión emana de causa distinta del auxilio. La primera es una jubilación proveniente de largos servicios prestados al Estado en el servicio oficial. Y el segundo socorre al empleado en caso de enfermedad. Pero sea cual fuere el concepto por el que se decreten asignaciones a cargo del tesoro público, la pro-

hibición constitucional no admite distinciones al oponerse al goce simultáneo de más de una de ellas. La única salvedad es la que hace la misma carta al referirse a "lo que para casos especiales determinen las leyes". Y en el presente litigio no se está frente a ninguno de los casos excepcionales previstos por el legislador.

La Corte, pues, aunque por distinto camino, llega a la misma conclusión negativa sentada por el tribunal en la sentencia recurrida. Por lo tanto el fallo de esta segunda instancia debe ser también absolutorio.

RESOLUCION

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, CONFIRMA la sentencia apelada, por medio de la cual el tribunal superior del distrito judicial de Medellín declaró que no es el caso de hacer las declaraciones pedidas por el señor Abraham González Z., en su libelo de fecha 10 de diciembre de 1937, contra el departamento de Antioquia.

Sin costas.

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, Secretario.

PENSION.

Conforme al artículo 982 del C. J. puede demandarse por el trámite ejecutivo toda obligación que conste en acto o documento que provenga del deudor, o de su causante y constituya, por sí solo, según la ley, plena prueba contra él, o que emane de una decisión judicial que deba cumplirse, siempre que del documento o la decisión judicial resulte a cargo del demandado una obligación expresa, clara y actualmente exigible.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, diciembre trece de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

La señora Candelaria Gutiérrez de Henríquez, mediante apoderado, ha solicitado del Tribunal Superior de Barranquilla libre mandamiento de pago ejecutivo contra el Departamento del Atlántico por la suma de \$ 3.240.00, más los intereses legales causados hasta la fecha en que el pago se verifique, por razón de la pensión decretada a su favor, según ordenanza número 77 de 1939 en relación con la ordenanza número 15 de 1930, expedidas por la Asamblea de aquel Departamento.

El Tribunal accedió a dictar el auto ejecutivo impetrado el día 30 de septiembre de 1939, el que, apelado por el Fiscal del Tribunal, ha venido a la Corte para que se decida sobre su legalidad.

Se considera:

Como título de la deuda se presentaron estos documentos:

a) Copia auténtica de la ordenanza número

15 de 1930 que concede a Candelaria G. de Henríquez una pensión vitalicia de \$ 30.00 mensuales y el ejemplar autenticado de la Gaceta Departamental "Atlántico" número 2807, en donde aparece publicada la ordenanza número 77 de 1939 que reconoce la pensión mensual a que se ha hecho referencia desde la fecha en que dejó de pagarse y abre el crédito extraordinario por \$ 3.240.00 para que sea pagada dicha cantidad a la señora de Henríquez por concepto de su pensión devengada en el lapso que va desde el mes de julio de 1930 a junio de 1939;

b) Certificación de la Contraloría Departamental del Atlántico, en la cual esta entidad afirma: "Que en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 14 de la ordenanza número 77 de 1939, se ha constituido reserva de la cantidad de \$ 3.240 para pagar a la señora Candelaria G de Henríquez el valor de una pensión que le fue reconocida por el artículo y ordenanza arriba citados".

Conforme al ordenamiento legal del artículo 982 del C. J. puede demandarse por el trámite ejecutivo toda obligación que conste en acto o documento que provenga del deudor, o de su causante y constituya, por sí solo, según la ley, plena prueba contra él, o que emane de una decisión judicial que deba cumplirse, siempre que del documento o la decisión judicial resulte a cargo del demandado una obligación expresa, clara y actualmente exigible.

De las ordenanzas traídas a los autos aparece probada plenamente la obligación a cargo del Departamento y a favor de la ejecutante, de pagar una suma de dinero determinada, expresa, clara y actualmente exigible.

El señor procurador delegado, en su

concepto de fecha 29 de julio de 1940, dice lo siguiente: "Este despacho ha sostenido últimamente, con base en serias consideraciones de orden fiscal y de lógica jurídica, que a los Departamentos no se les puede exigir el pago de un gasto sin que la partida correspondiente se halle incluida en el presupuesto, aun cuando haya sido decretada por ley u ordenanza".

La ordenanza número 77 de 1939, artículo 14, dice:

"Reconózcase la pensión mensual decretada en el artículo 1º de la ordenanza número 15 de 1930 desde la fecha en que dejó de pagarse.

"Para el pago de la deuda contraída por el Departamento, ábrese al Presupuesto de Gastos de la actual vigencia un crédito extraordinario por la cantidad de tres mil doscientos cuarenta pesos (\$ 3.240) moneda legal que se imputará de la siguiente manera:

Departamento de Educación Pública

Capítulo (nuevo) Artículo...

Reconocimiento de pensiones:

Para el pago de la deuda contraída a favor de la señora María C. de Henríquez, por concepto de pensiones a razón de treinta pesos (\$ 30) mensuales desde el mes de julio de 1930 a junio de 1939, de conformidad con el artículo 1º de la ordenanza número 15 de 1930 la suma de tres mil doscientos cuarenta pesos (\$ 3.240).

Si al cerrarse la actual vigencia económica que termina el 30 de junio de 1939 no hubiere sido girada la correspondiente orden de pago por la cantidad de tres mil doscientos cuarenta pesos (\$ 3.240) a que se refiere el presente artículo el Contralor Departamental hará las reservas correspondientes a fin de que pueda girar-

se en cualquiera época sin más requisito que esta autorización".

Se observa que en la ordenanza citada se denomina indistintamente a la actora con los nombres de María G. de Henríquez y Candelaria G. de Henríquez. La Sala no encuentra duda alguna sobre la identidad de la persona a cuyo favor se hizo el reconocimiento pues allí se hace referencia a la ordenanza número 15 de 1930 cuyo artículo 1º concedió la referida pensión a Candelaria G. de Henríquez.

Los requisitos exigidos por el señor procurador se han llenado en el presente caso. En efecto, el gasto ha sido decretado por una ordenanza, y la partida para sufragarlo se ha destinado en otra ordenanza adicional a la de Presupuesto. Hay, por tanto, disposición sustantiva y adjetiva que ordena y dispone el pago.

El Contralor Departamental, en obediencia al mandato de la Asamblea, hizo la reserva correspondiente, ya que no se giró la orden de pago al cerrarse la vigencia económica que terminó el 30 de junio de 1939. Así lo certifica la Contraloría en la forma como se ha transcrito anteriormente.

Luego no quedaba formalidad alguna pendiente, y el pago, en consecuencia, ha debido hacerse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la providencia recurrida.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán. — Arturo Tapias Pilonieta. — El Conjuez, José Antonio Archila. — Manuel Pineda Garrido, Secretario.

EXCEPCIONES. — COMPETENCIA DE LA SALA.—FAROS



1. Cuando se trata de un juicio ejecutivo que tiene por base del recaudo un reconocimiento que se tilda de ilegal y errado y que no comporta la tramitación de un proceso administrativo, la intervención de la justicia ordinaria, de conformidad con el artículo 1060 del C. J., está plenamente autorizada para examinar la legalidad de la actuación que ha de preceder a dicho reconocimiento, así como la de éste. Otra cosa sería si se tratase de la revisión de un proceso administrativo. 2.—El artículo 1º de la Ley de 7 de junio de 1856 faculta al Ejecutivo para la celebración de contratos de privilegios sobre construcción y explotación de faro o fanales en las islas y costas marítimas de la nación. Por medio de la Ley 63 de 1903, el Legislador confirmó esta facultad en el parágrafo del art. 24. Y la facultad del gobierno para hacer exención de impuestos quedó consagrada en los Decretos Legislativos números 34 y 46 de 1905, ratificados por las Leyes 17 y 15 del mismo año, así como también por en la 49 de 1904.

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

(Magistrado ponente: doctor Juan A. Donado V.)

La Administración de Hacienda Nacional de Bolívar reconoció a favor de la nación y a cargo del señor Ernesto Navarro la suma de \$ 3.161.80 moneda legal, por concepto del impuesto sobre la renta y sus complementarios durante el año de

1937. Con base en ese reconocimiento, el Juzgado de Rentas Nacionales de Cartagena libró orden de pago por la vía ejecutiva contra el expresado señor por la referida suma y sus intereses.

El mandamiento de pago fue confirmado por la Corte en virtud de apelación interpuesta por el ejecutado. El apoderado del demandado presentó oportunamente un memorial de excepciones. Por tal motivo ha llegado el negocio a esta Superioridad. Tramitado legalmente el incidente, se procede a decidirlo previas estas consideraciones:

Excepciones propuestas: Petición antes de tiempo; inexistencia de la obligación; error de cuenta o ilegalidad en la forma de la liquidación parcial; ilegalidad absoluta de la liquidación del impuesto de patrimonio o invalidez o inexistencia del tributo; ilegalidad de la liquidación del impuesto de exceso de utilidades o invalidez o inexistencia del tributo; ilegalidad de la sanción del ciento por ciento; inepita demanda.

Al evacuar el respectivo traslado, el señor procurador delegado en lo civil en su alegato de conclusión, insiste en su tesis de que la Corte carece de competencia para conocer de las excepciones fundadas en las irregularidades de un proceso administrativo en que se han liquidado impuestos a los contribuyentes.

Afirma el representante de la nación:

“Es de toda necesidad jurídica establecer claramente la línea de separación entre las dos jurisdicciones (la civil y la administrativa), en orden a las obligaciones administrativamente declaradas a cargo de los contribuyentes o de los empleados de manejo. Para la Procuraduría la tesis acertada ha sido ésta; todo hecho extintivo de la obligación declarada en pro-

ceso 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 art. 93 de la ley 130 de 1913".

Consecuente con su tesis, el señor Agente del Ministerio Público pidió que se declarasen improcedentes las excepciones alegadas por el ejecutado, y por lo tanto se abstuvo de analizarlas.

En fallo dictado en un asunto de esta misma índole, la Sala dijo:

La tesis expuesta por el señor representante del Ministerio Público es evidente; pero no cuadra en el presente caso. En el que se contempla no estamos enfrente de una sentencia, con la calidad de cosa juzgada, proferida por la jurisdicción contenciosa administrativa, y que la Corte haya de revisar en este juicio. Si así fuese, muy distinta sería la solución que habría de dársele al problema que se confronta. Tratándose, como se trata, de un juicio ejecutivo que tiene por base del recaudo un reconocimiento que se tilda de ilegal y errado, y que no comporta la tramitación de un proceso administrativo, la intervención de la justicia ordinaria, de conformidad con el artículo 1060 del Código Judicial, está plenamente autorizada para examinar la legalidad de la actuación que ha de preceder a dicho reconocimiento, así como la de éste.

Aquí no se trata de revisar un proceso administrativo, porque para que el tal pueda surgir es condición indispensable que el contribuyente haya pagado el impuesto que cree se le exige indebidamente, y en este evento, no tendrá el empleado recaudador para qué acudir al juicio ejecutivo. Se toma esta vía cuando el contribuyente, sin haber hecho valer los recursos legales contra el reconocimiento, se niega a pagar. Pero si a fin de hacer-

los valer, y en cumplimiento de mandato legal, satisface la obligación, surgirá un proceso administrativo, pero no habrá lugar, por sustracción de materia, a juicio ejecutivo.

Fijada en estos términos la competencia de la Corte para decidir de las excepciones propuestas, se entra a estudiar la primera de ellas.

Excepción de petición antes de tiempo. Este medio de defensa está sustentado por el apoderado del ejecutado en la siguiente forma:

"a) La Administración de Hacienda Nacional de Cartagena impuso a mi poderdante 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 con ochenta centavos (\$ 3.161.80), equivalentes a la décima parte de treinta y un mil seiscientos diez y siete pesos con noventa y cuatro centavos (\$ 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 según reza el artículo primero fue concedido así: '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; y estará exenta del pago de todo impuesto nacional o departamental, no comprendidas en esta ex-

cepción las facturas, derechos consulares, el papel sellado y timbre nacional.

"e) Según lo establecido en la cláusula segunda del contrato, el término del privilegio para la explotación del faro, es cuarenta años, contados desde la fecha en que el faro esté terminado y se dé al servicio público, de tal manera que el privilegio está 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 Suprema 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".

Aparece plenamente comprobado de autos que el Gobierno Nacional, por conducto del señor Modesto Garcés en su calidad de Ministro de Obras Públicas, celebró un contrato para el establecimiento y explotación de un faro en las Bocas de Ceniza, con el señor Francisco Fonseca Plazas en nombre y en representación del señor Eliseo Navarro. Dicho contrato fue aprobado por el Ejecutivo el 11 de julio de 1905, y en su cláusula 11, el Gobierno declara la construcción del faro a que hace referencia el contrato obra de utili-

dad pública, y exenta del pago de todo impuesto nacional o departamental, no comprendidas en esta excepción las facturas, derechos consulares, el papel sellado y timbre nacional.

El artículo 1º de la ley de 7 de junio de 1856 faculta al Ejecutivo para la celebración de contratos de privilegios sobre construcción y explotación de faros o fanales en las islas y costas marítimas de la Nación. Por medio de la ley 63 de 1903, el Legislador confirmó esta facultad en el parágrafo del artículo 24 que reza: "En faros establecidos con privilegio, se cobrarán los derechos de conformidad con lo estipulado en el respectivo contrato de privilegio". Y la facultad del Gobierno para hacer tal exención de impuestos está consagrada en los decretos legislativos 34 y 46 de 1905, ratificados por las leyes 17 y 15 del mismo año, y también en la ley 49 de 1904.

La prohibición contenida en el artículo 1º del Decreto Legislativo número 46 de 1906 sobre estipulaciones de exención de impuestos nacionales en los contratos de privilegios para establecer ferrocarriles, empresas de navegación o cualesquiera otras, no alcanzó a cobijar el contrato referido, el cual fue aprobado por el Presidente de la República el 11 de julio de 1905.

El señor Ernesto Navarro es uno de los concesionarios del faro mencionado, causahabiente del señor Eliseo Navarro, según consta en la escritura número 1248 del 4 de noviembre de 1927, de la Notaría Primera de Cartagena, y en tal carácter y basado en la cláusula 11 del contrato, alega la exención de los impuestos de renta y patrimonio que se le cobran ejecutivamente, y que tienen por objeto gravable el producido y la propiedad del Faro de Bocas de Ceniza. Por otro lado, la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en comunicación dirigida al Administrador de Hacienda Nacional de Cartagena sostiene que "la tesis de que la concesión está exenta de impuestos 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”.

Como se ve, hay pugna u oposición en cuanto al modo de interpretar la referida cláusula 11, ya que el excepcionante no acepta la interpretación unilateral de dicha cláusula hecha por el Ministerio.

Trátase, pues, de un desacuerdo sobre la aplicación de un contrato en el que es parte la Nación, y como el litigio a que tal desacuerdo dé lugar, y en el que se discutirá sobre la estipulación de exención de impuestos, debe desatarlo la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema de Justicia, conclúyese rectamente que mientras esa Sala no haya dictado el fallo pertinente, no puede adelantarse ninguna acción ejecutiva para el cobro

de los impuestos de que se trata. Tal acción es evidentemente prematura.

Habiéndose encontrado fundada la primera de las excepciones aducidas, la Sala no entra en el estudio de las restantes.

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 fundada la excepción de petición antes de tiempo. En consecuencia se ordena cesar la ejecución y se decreta el desembargo de los bienes sujetos a la traba ejecutiva.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado, V. — Anibal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Her-
nando García Pachón, Oficial Mayor.

INCIDENTES DE EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO SEGUIDOS CON JURISDICCION COACTIVA. — RECLAMACIONES REFERENTES AL IMPUESTO SOBRE LA RENTA.

1.—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 ocurrir 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 inadmisibles. Este juicio se iniciará, y es deber de los funcionarios investidos de jurisdicción coactiva hacerlo, en los casos en que el contribuyente 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. — 2.—Conforme al Decreto número 1892 de 4 de agosto de 1936 el impuesto que se cobra es anual y recae sobre un determinado patrimonio. No es, por tanto, indispensable su cancelación para la incidencia del impuesto. Este recae siempre "sobre el patrimonio consistente en el saldo de la acreencia en 31 de diciembre del año gravable"; si la deuda perdurare por varios años, el impuesto se haría efectivo, no solamente por aquel en que el pago se efectuó, sino por cuantos dure la acreencia conforme al saldo correspondiente en 31 de diciembre de cada año. El texto del decreto es claro y se informa en la ley 78 de 1935, orgánica del impuesto, cuyo espíritu se cifra en el deseo del legislador de gravar los capitales incorporados en la economía nacional en igual forma que el producto de toda actividad lucrativa desarrollada en Colombia, haciendo caso omiso de la nacionalidad de los dueños del capital como también de la nacionalidad de quienes ejerciten en Colombia una actividad de la índole expresada en la sentencia.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, febrero cinco de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Anibal Cardoso Gaitán)

Con base en el reconocimiento 0050 de fecha 10 de enero de 1940 el Juzgado de Rentas Nacionales de Bogotá profirió el

mismo día auto de mandamiento ejecutivo a favor de la Nación y contra Siemens Bauunion Ltd. Philipp Holzmann, S. A., por la cantidad de \$ 8.352.17 más los recargos al uno por ciento por cada mes o fracción de mes de demora en el pago de los impuestos sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades correspondiente a los años de 1937 y 1938, desde el día en que se hicieron exigibles, según disposiciones legales, hasta el día del pago y por las costas de la ejecución. Dicho auto le fue notificado al apoderado general de la Compañía ejecutada el 19 del propio mes y año.

El 3 de febrero de 1940 el doctor Manuel A. Alvarado, obrando como apoderado de la mencionada compañía, presentó ante el funcionario executor la excepción perentoria de inexistencia o carencia de causa de la obligación, la que tramitada en legal forma en esta Sala de la Corte, pasa a decidirse, previas las siguientes consideraciones:

El señor Procurador Delegado en lo Civil, en su alegato de conclusión, sostiene que la excepción propuesta ataca en su fondo la liquidación del impuesto, que forma la base legal del título ejecutivo, y tiende, por lo mismo, a que se desconozca por la justicia ordinaria la validez de aquel acto administrativo, y pide, en consecuencia, que se la declare improcedente. El señor Procurador emite, para afirmar su tesis, los siguientes conceptos: 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 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 inadmisibile. Este juicio se iniciará, y es deber de los funcionarios investidos de jurisdicción coactiva hacerlo, en los casos en que el contribuyente se niege 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 ello 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 es efectuado, 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.

Procede, en consecuencia, abocar el estudio de la excepción propuesta.

Excepción de inexistencia o carencia de causa de la obligación.— Los hechos que la originan están relacionados así por el proponente:

“1º En la oportunidad legal debida, la firma que represento formuló sus declaraciones de renta y patrimonio correspondiente a los años gravables de 1937 y 1938;

“2º De acuerdo con estas declaraciones, que fueron hechas bajo juramento, la Compañía que represento no tuvo renta ni patrimonio gravables en los mencionados años de 1937 y 1938;

“3º El Administrador de Hacienda de Cundinamarca al practicar la liquidación correspondiente, se apartó de las declaraciones de la Compañía, en relación con el patrimonio, estimando para 1937 un patrimonio gravable de \$ 751.984.97, al cual le fijó un impuesto de \$ 4.605.88, y para 1938 un patrimonio gravable de \$ 644.536.17 con un impuesto de \$ 3.746.29.

“4º Para llegar a este resultado, la oficina de origen rechazó como pasivo patrimonial en 1937 y 1938, la deuda que la Compañía declarante tenía a favor de las casas matrices extranjeras Siemens Bauunion Ltda. de Berlín y Phillipp Holzmänn, S. A., de Fränkfort, deuda que el primero de los años mencionados era de \$ 1.438.806.05 y que en 1938 ascendía ya a \$ 1.507.740.53.

“5º En los años gravables de 1938 y 1937 la Compañía que represento no verificó pago alguno de capital por concepto de las deudas rechazadas, como lo demuestra la misma existencia de éstas.

“6º La sociedad que represento llevaba libros en los años gravables de 1937 y 1938, debidamente registrados en la Cámara de Comercio, y en esos libros estaban cargadas las deudas a favor de las casas que se han expresado en los puntos anteriores, según puede verse de los balances anexo a las declaraciones.

“7º El pasivo patrimonial de la compañía en los años de 1937 y 1938, se declaró con sujeción al artículo 22 de la ley 78 de 1935”.

A manera de fundamentos de derecho presenta el proponente en su escrito de excepciones consideraciones de carácter jurídico, que la Corte extracta así:

El artículo 22 de la ley orgánica del impuesto (78 de 1935), exige como única condición para que se deduzcan del activo patrimonial, las deudas que lo gravan, que éstas estén cargadas en los libros del contribuyente y que tales libros estén registrados en la Cámara de Comercio, y como la Compañía ha cumplido con esas condiciones tiene derecho a tal deducción, lo que vale decir que para ella no existe la obligación de pagar impuesto y que falta la causa de él, o sea, la existencia de un patrimonio gravable. Supongo —dice el apoderado— que la razón que tuvo la Administración de Hacienda para rechazar las deudas a favor de las casas matrices fue la de que la Compañía declarante no dio cumplimiento a los artículos 2º y 3º del Decreto 1892 de 1936.

Ahora bien, tales disposiciones que ordenan el recaudo en la fuente del impuesto patrimonial no pueden aplicarse por ser ilegales y no poder primar sobre el artículo 22 de la ley 78 de 1935, y por ser igualmente improcedentes, como quiera que la sociedad declarante no verificó pago alguno de capital ni de intereses a los acreedores extranjeros de que se viene tratando, en los mencionados años de 1937 y 1938.

El legislador colombiano solamente estableció el recaudo en la fuente para el impuesto que se liquida con base en la renta y no para el que tiene por base el patrimonio, porque el artículo 22 exige

como única condición para que las deudas que gravan el patrimonio sean deducibles, si se trata de un contribuyente que lleva libros en la Cámara de Comercio, que presente junto con su declaración una relación que contenga el nombre y dirección del acreedor, el monto de las deudas, y que tales deudas estén cargadas en los libros.

Las disposiciones del Decreto 1892 que estableció el recaudo en la fuente con base en el patrimonio, dejó de ser reglamentaria para convertirse en legislativa.

En el supuesto de que la disposición referida no violara la ley, la obligación de verificar la retención del impuesto debe sufragar, no el contribuyente deudor sino el acreedor no domiciliado, no se causa sino en tanto que el deudor haya tenido oportunidad de hacer un pago efectivo de créditos que constituyan patrimonio gravable. Como la compañía no hizo pagos en 1937 ni en 1938 a sus casas acreedoras del exterior, es indudable que no estaba obligada a hacer retención alguna sobre tales acreencias.

Consideraciones de la Corte:

Como prueba allegada a los autos por el actor aparece el siguiente certificado: "El suscrito Administrador de Hacienda Nacional de Cundinamarca, certifica: Al punto a) Que es cierto que la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, al practicar la liquidación de los impuestos de la sociedad Bauunion Ltda. Philipp Holzmann, S. A., y correspondiente a los años 1937 y 1938, rechazó el pasivo patrimonial de la sociedad que representó consistente en las deudas que la Compañía declarante tenía en 31 de diciembre de cada uno de esos años a favor de las casas matrices Siemens Bauunion Ltda. de Berlín y Philipp Holzmann, S. A. de Frankford, por las sumas de \$ 1.438.806.05 en 1937 y \$ 1.507.740.53 en 1938. Al punto b) Que es cierto que este rechazo lo fundó la Oficina liquidadora en el hecho de no haberse retenido en la fuente el impuesto correspondiente a esos pasivos patrimoniales. Esta medida tuvo como fundamento lo dispuesto en

el artículo 2º del Decreto número 1892 de 1936. — (Fdo.) Heliodoro Castilla Rocha, Administrador de Hacienda Nacional.— Bogotá, julio 19 de 1940".

Por manera que la cuestión planteada a la Corte consiste en saber si la oficina recaudadora procedió legalmente al verificar la retención en su fuente del impuesto correspondiente a los patrimonios adeudados por la sociedad actora a su casa matriz.

Los artículos 2º y 3º del Decreto 1892 de 1936 estatuyen:

"Artículo 2º Todo contribuyente que pretenda se deduzcan de su activo patrimonial deudas que lo afecten, constituidas a favor de personas naturales o jurídicas sin domicilio ni agente o representante en el país, deberá acreditar, al presentar su declaración de patrimonio y para tener derecho a la deducción, que retuvo y pagó el impuesto que debe sufragar el acreedor no domiciliado sobre el patrimonio consistente en el saldo de la acreencia en 31 de diciembre del año gravable, a las tasas fijadas en el art. 25 de la ley 78 de 1935".

"Artículo 3º Las compañías extranjeras domiciliadas que al hacer su declaración de patrimonio afecten sus activos con pasivos que constituyen un patrimonio para sus casas matrices y en general, para el acreedor extranjero sin sede legal en el país, quedan también sujetas a la obligación de que trata el artículo 2º de este Decreto".

Demostrando cualidades dialécticas muy especiales, el señor apoderado procura convencer a la Corte de que las disposiciones transcritas son inaplicables por ir contra la ley.

Este punto quedó suficientemente aclarado con motivo de la demanda de inexequibilidad contra las citadas normas presentada a la Corte y definida por ésta en su Sala Plena en fallo de fecha 26 de junio de 1940 (G. J., números 1957 - 1958, págs. 464 y ss.), en el cual resolvió declarar exequibles los artículos 2º y 3º del Decreto 1892, de 4 de agosto de 1936. En él dijo la Corte:

“El impuesto sobre la renta, el adicional sobre utilidades y el complementario sobre patrimonio, se consideran como un todo indivisible... La legislación colombiana sobre impuestos de renta y patrimonio sigue el sistema del impuesto único, diferente del cédular y por eso hace materia del gravamen, bajo esas denominaciones, todo patrimonio, ganancia, renta, utilidades, y excesos de éstas.

“Basta que alguno de esos factores se presente, para que venga la imposición por ministerio de la ley y sin consideración a si quienes deben pagar el impuesto están domiciliados en Colombia o en el exterior.

“... En el sentir de la Corte, la misma amplitud que existe para el cobro del impuesto sobre la renta existe para la imposición y recaudo del impuesto sobre el patrimonio, puesto que tratándose de un impuesto único, siendo indivisibles para todos los efectos legales el impuesto sobre la renta, el adicional sobre utilidades y el complementario sobre el patrimonio, la ley 78 debe interpretarse de una manera coordinada y armónica, no siendo posible hacer ninguna diferencia entre las personas sujetas al impuesto del patrimonio ni de las causas que lo producen, por lo mismo que no es posible hacer esa diferencia en tratándose del impuesto sobre la renta.

“Vistas así las cosas, a juicio de la Corte el Poder Ejecutivo no extralimitó su facultad reglamentaria al dictar los artículos 2º y 3º del Decreto número 1892, de 4 de agosto de 1936, sino que aplicó el principio del gravamen único y de la retención y deducción que rige para el impuesto de la renta, al impuesto de patrimonio, aplicación que podía hacerse si se tienen en cuenta las razones antes expresadas. De no ser así las cosas, no existiría la igualdad jurídica y la equidad que deben predominar en toda imposición, porque entonces resultaría que habría una categoría o clase de personas dueñas de capitales en Colombia, exentas de pagar el impuesto patrimonial por dichos capitales y aun por los mismos beneficios re-

cibidos por el trabajo y la explotación con ellos en el país”.

La Corte, en el fallo referido hace un estudio completo de la potestad reglamentaria en uso de la cual fue expedido el Decreto 1892 y concluye su estudio, como quedó anotado, con la declaración de exequibilidad. Es, pues, este un punto en el cual la Sala se remite a lo dicho en tal providencia, y en atención a ella no puede menos de atenerse para resolver sobre la excepción presentada a lo dispuesto en las normas reglamentarias de la ley 78 de 1935.

En el hecho 5º del pliego de excepciones se afirma que la Compañía ejecutada no verificó pago alguno de capital por concepto de las deudas rechazadas, y de él concluye el proponente que el impuesto no se debe porque el pago no fue hecho y que la retención del impuesto que debe sufragarse no se causa sino en tanto que él se haya realizado.

A este respecto la Sala estima que de lo ordenado en el artículo 2º del Decreto 1892 no se desprende la conclusión anotada por el apoderado. El impuesto que se cobra es anual y recae sobre un determinado patrimonio. No es por tanto indispensable su cancelación para la incidencia del impuesto. Este recae siempre “sobre el patrimonio consistente en el saldo de la acreencia en 31 de diciembre del año gravable”; si la deuda perdurare por varios años, el impuesto se haría efectivo, no solamente por aquel en que el pago se efectúe, sino por cuantos dure la acreencia conforme al saldo correspondiente en 31 de diciembre de cada anualidad. El texto del Decreto es claro y se informa en la ley 78 orgánica del impuesto, cuyo espíritu se cifra en el deseo del legislador de gravar los capitales incorporados en la economía nacional en igual forma que el producto de toda actividad lucrativa desarrollada en Colombia, haciendo caso omiso de la nacionalidad de los dueños del capital como también de la nacionalidad de quienes ejercitan en Colombia una actividad de la índole ya expresada.

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 no probada la excepción de inexistencia o carencia de causa de la obligación, alegada por la parte ejecutada. Siga adelante la ejecución.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Secretario.

PENSION.—COMPETENCIA DE LA SALA.

1.—La Sala tiene jurisdicción para conocer de asuntos referentes a pensiones cuando la demanda ha sido propuesta antes de la vigencia de la ley 153 de 1938. 2.—La pensión debe pagarse desde la fecha de la presentación de la demanda y no desde la de la sentencia, porque ésta no crea el derecho sino que se limita a reconocerlo. Es justo reconocer al demandante la gracia desde que se dirigió a la autoridad competente para hacer efectivo su derecho, mediante el cumplimiento de las formalidades y requisitos exigidos por la ley. No existe ninguna disposición legal que reglamente lo relativo a la fecha en que debe empezar el pago de las pensiones, con excepción de los sueldos de retiro de los militares, que deben pagar desde el día en que se produce la novedad de la baja. Pero el artículo 421 del C. C. dice que los alimentos se deben desde la primera demanda, disposición que es aplicable por analogía, ya que la pensión viene a ser una gracia que concede el Estado para la subsistencia del empleado que carece de bienes de fortuna.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, febrero diez de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta)

El señor Lisandro Jaime, en libelo de fecha 31 de octubre de 1938, demandó a la nación ante el tribunal superior del distrito judicial de Tunja para que pre-

vios 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 vitalicia por la suma de cincuenta y cinco pesos (\$ 55), por concepto de los servicios que el actor prestó al Estado durante un período mayor de treinta años.

Corrido el traslado de la demanda al señor fiscal del precitado tribunal, dicho funcionario la contestó aceptando unos hechos, negando otros para que se demuestren y conviniendo en los fundamentos de derechos invocados por el demandante.

Agotada la tramitación propia de la primera instancia, el tribunal pronunció sentencia el día 17 de agosto de 1939, declarando que no es el caso de obligar a la nación al pago de la pensión solicitada por el señor Jaime.

Contra la anterior sentencia absoluta-ria interpuso apelación el demandante, por lo cual los autos llegaron a la Corte para la tramitación y fallo del recurso. segunda instancia, seguida con audiencia segunda instancia, seguido con audiencia del señor procurador delegado en lo civil, sin que se observe causal de nulidad, la sala procede a dictar el fallo definitivo.

I. Jurisdicción de la Corte.

Lo primero que debe dejar establecido la Corte es si tiene o no jurisdicción para conocer de este negocio, en atención a lo dispuesto por el artículo 4º de la ley 153 de 1938.

Sobre el particular esta misma sala ha conceptuado que tiene jurisdicción para conocer de asuntos como el presente cuando la demanda haya sido presentada con anterioridad a la vigencia de la ley 153 antes citada. Y como este juicio or-

dinario fue promovido el 31 de octubre de 1938, es decir, varios meses antes de haber empezado a regir la precitada ley 153, es obvio entonces que la Corte no ha perdido la jurisdicción para conocer de este negocio.

II. Los fundamentos de la sentencia recurrida.

En el siguiente aparte del fallo del tribunal están brevemente sintetizados los motivos que sirven de fundamento a dicha providencia:

“De todo lo expuesto se concluye que, si bien el señor Lisandro Jaime reúne la casi totalidad de los requisitos legales para que prospere su demanda, no logró, sin embargo, probar con la plenitud de las ritualidades exigidas por el parágrafo del artículo 3º de la ley 29 de 1905, sino veintitrés años, ocho meses y diez días de servicio en distintas dependencias oficiales, así nacionales como departamentales; pues dicho está que no puede concederse valor probatorio a las pruebas enumeradas en los numerales 1º, 8º, 17 y 18 del aparte A) de esta exposición”.

Las pruebas desechadas por el tribunal son las siguientes:

a) Declaraciones de los señores Eme-
liás Reyes y Luis Adán Soto, quienes afirman que el demandante ejerció el cargo de oficial escribiente de la prefectura de Tundama por el término de dos años. Dice el tribunal que esta prueba “no tiene mérito legal por cuanto la ley exige cinco testigos para demostrar el hecho de que se trata”;

b) Certificado del doctor Narciso Torres Meléndez, magistrado del tribunal superior de San Gil, y declaraciones de los señores Guillermo Boada y Josué Torres Meléndez, acerca de que el actor ejerció por dos años el cargo de oficial primero de la dirección subalterna de estadística de Tundama. A este respecto se afirma en la sentencia recurrida que “por no ser cinco las declaraciones, ni ser con-
testes, ni haber sido rendida la del señor

Boada ante un juez de circuito”, carecen de valor probatorio;

c) Declaraciones de los señores Emilio Mariño y Máximo A. Morales en las que se afirma que el demandante fue escribiente del juzgado superior del distrito judicial de Santa Rosa en los años de 1902 y 1903 y que en 1904 y 1905 desempeñó el puesto de oficial escribiente del tribunal superior del aludido distrito judicial. Con respecto a esta prueba el tribunal afirma que por no ser cinco los testigos resulta deficiente al tenor de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 3º de la ley 29 de 1905; y

d) Declaraciones de los señores Eme-
liás Reyes y Carlos Julio Gaona, al tenor de las cuales el señor Jaime fue oficial escribiente del juzgado superior de Santa Rosa en los años de 1897, 1898 y 1899. Tampoco acepta esta prueba el tribunal, por no haberse aducido el número preciso de declaraciones que exige la precitada ley 29 de 1905.

III. Motivos de la Corte.

Revisado cuidadosamente el acervo probatorio de la primera instancia de este juicio, la Corte llega a la conclusión de que, como lo sostuvo el tribunal en la sentencia recurrida, el demandante ha acreditado plenamente el cumplimiento de los siguientes requisitos establecidos por el artículo 3º de la ley 29 de 1905:

1º que a la fecha de la demanda el señor Jaime tenía más de sesenta años;

2º que en el desempeño de sus destinos el actor se ha conducido con honradez y consagración;

3º que el demandante no ha recibido pensión o recompensa ni está en el goce de ella;

4º que el señor Jaime está a paz y salvo no solamente con el tesoro nacional sino también con los tesoros departamental y municipal de Boyacá;

5º que el último destino desempeñado por el demandante fue el de secretario del juzgado 2º del circuito de Sogamoso.

con una asignación mensual de ciento diez pesos (\$ 110.00); y

6º que computados globalmente los cargos que el señor Jaime acreditó plenamente haber desempeñado, se tiene un total de servicios al Estado por el término de 23 años, ocho meses y diez días. De tal suerte que precisa averiguar si dentro del término probatorio de la segunda instancia el actor logró mejorar las pruebas tendientes a demostrar la prestación de dichos servicios por el término a que se refiere la ley 29 de 1905, esto es, el de treinta años.

Seguendo el derrotero trazado por el tribunal con base en las constancias del expediente, se tiene que el demandante estaba obligado a demostrar en esta segunda instancia, para acreditar su perfecto derecho a la pensión por él reclamada, un tiempo de servicios adicionales por el término de seis años, tres meses, veinte días.

En concepto de la sala ese tiempo de servicios está acreditado por medio de los siguientes elementos de convicción, aducidos por el actor dentro del término probatorio de la segunda instancia:

1º Declaraciones rendidas con las formalidades legales por los señores Emilio Mariño, Felipe Pérez, Jesús y Graciano Niño, corroborantes de las que rindieron en la primera instancia los señores Carlos Julió Gaona y Emelías Reyes, en virtud de las cuales se acredita que el señor Jaime ejerció por el término de tres años (1897, 1898 y 1899), el cargo de oficial escribiente del juzgado superior del distrito judicial de Santa Rosa de Viterbo.

2º Declaraciones de los señores Emelías Reyes, Juan Mata Niño, Jesús y Graciano Niño Martínez, corroborantes de la declaración que en la primera instancia rindió el señor Máximo A. Morales, en el sentido de que el demandante ejerció durante dos años (1902 y 1903) el mismo cargo a que se hizo referencia en el punto anterior, esto es, el de oficial escribiente del juzgado superior del distrito judicial de Santa Rosa de Viterbo; y

3º Declaraciones de los señores Emilio

Mariño y Juan Mata Niño, corroborantes de las declaraciones que en la primera instancia rindieron los señores Narciso y Josué Torres Meléndez y Guillermo Boada, de las cuales aparece que al menos durante dos años (1907 a 1909), el señor Jaime desempeñó el cargo de oficial primero de la dirección de estadística de Tundama. Las declaraciones anteriores están complementadas por medio de la nota original del ministerio de hacienda y tesoro de fecha 5 de junio de 1907, en que se le comunica al actor que fue nombrado para el cargo a que se ha hecho referencia en este punto (fl. 8 del c. principal).

En síntesis, de las pruebas que se acaban de relacionar se deduce un tiempo de servicios del demandante que no baja de siete años, los que agregados al tiempo de servicio acreditado plenamente en la primera instancia, arroja un total que pasa de los treinta de que habla la ley 29 de 1905.

La sala advierte que ha admitido la prueba testimonial como demostrativa del desempeño de varios empleos por parte del actor, en atención a que en el expediente existe la plena prueba de que han desaparecido los archivos o documentos donde debían constar aquellos hechos.

Si bien es cierto que por regla general no es legalmente admisible la prueba testimonial para comprobar hechos que deben constar por documentos o pruebas escritas preestablecidas por las leyes, como, por ejemplo, la calidad de ser o haber sido empleado un individuo, también es evidente que esa misma prueba debe admitirse en caso de falta absoluta bien justificada, de las pruebas preestablecidas y escritas.

En el caso de autos obran a los folios 1 v., 3 v. y 7 v. del cuaderno principal los siguientes documentos públicos, que acreditan la falta absoluta de las pruebas preestablecidas y escritas en relación con varios de los destinos públicos desempeñados por el señor Jaime:

a) Certificado del alcalde municipal de Santa Rosa de Viterbo, de acuerdo con el

cual "los libros de decretos de nombramientos y diligencias de posesión de la extinguida Prefectura de la Provincia de Tundama correspondientes al año de 1894, no fueron hallados, debido a que el archivo de dicha Prefectura el cual está a cargo de la Alcaldía, fue casi destruído a consecuencia de la última guerra";

b) Certificado del secretario del juzgado primero superior del distrito judicial de Santa Rosa de Viterbo, según el cual "examinado cuidadosamente el archivo de la Oficina no fue hallado el correspondiente a los años de 1897, 1898 y 1899, ni fueron encontrados los libros correspondientes a los años de 1902 y 1903, sin que se sepan las causas para no encontrarse tal archivo ni tales libros, pues en los inventarios de la Oficina no hay ninguna constancia al respecto. Aquí está el archivo del antiguo Juzgado"; y

c) Informe del archivero del departamento de Boyacá, de acuerdo con el cual "la copia de la diligencia de posesión del señor Lisandro Jaime como Oficial 1º de la Dirección Subalterna de Estadística del extinguido Departamento de Tundama (Estadística Nacional) de 1907, no se expide, por razón a que el libro de posesión de empleados de la Gobernación de Tundama correspondiente al año de 1907 no fue hallado, y se ignora su paradero, de julio de ese año en adelante".

De consiguiente, la Corte estima que el demandante ha llenado los vacíos que el tribunal de primera instancia observó en el acervo probatorio, siendo por lo tanto el caso de considerar que el señor Jaime es acreedor a la pensión de jubilación materia de este juicio.

El señor procurador delegado en lo civil sostiene que deben ser rechazadas las pretensiones del demandante, por cuanto existen ciertas pruebas defectuosas que no pueden aceptarse como plenamente demostrativas de los hechos alegados por el señor Jaime. Así, por ejemplo, dice aquel funcionario que hay algunos testi-

gos que declaran que el actor desempeñó cierto cargo por un término de tres años, al paso que otro sostiene que sólo lo ejerció por dos años. Empero, este detalle en realidad de verdad no puede tener una trascendencia tal que lleve a la Corte a negarle al demandante el reconocimiento de la pensión que impetra, si, como lo acepta el mismo señor procurador, "las demás exigencias de la Ley 29 de 1905 aparecen plenamente probadas". A que se agrega que la Corte, en el caso concreto de los testimonios arriba citados, acogió esa prueba como demostrativa del tiempo de servicios en que sí coinciden tales testigos, esto es, el de dos años. Esto quedó consignado al examinar las declaraciones de los señores Emilio Mariño, Juan Mata Niño, Narciso y Josué Torres Meléndez, relativas al ejercicio del cargo de oficial primero de la dirección de estadística de Tundama durante los años de 1907 a 1909.

Por lo que hace a la cuantía de la pensión, es procedente la que fija el demandante, porque el último sueldo devengado por el señor Jaime fue de \$ 110, y le corresponde por tanto \$ 55 mensuales, conforme lo prescribe el artículo 2º de la ley 29 de 1905.

Finalmente, en cuanto a la fecha inicial para el pago de la pensión, se reitera ahora la siguiente doctrina sentada sobre el particular en varias decisiones de esta misma sala:

"En concepto de la Sala, la pensión debe pagarse desde la fecha de la presentación de la demanda y no desde la de la sentencia, porque ésta no crea el derecho sino que se limita a reconocerlo. Es justo reconocer al demandante la gracia desde que él se dirigió a la autoridad competente para hacer efectivo su derecho, mediante el cumplimiento de las formalidades y requisitos exigidos por la ley. No existe ninguna disposición legal que reglamentamente lo relativo a la fecha en que debe empezar el pago de las pensiones, con excepción de los sueldos de retiro de los militares, que deben pagarse desde el

día en que se produce la novedad de la baja. Pero el artículo 421 del C. C. dice que los alimentos se deben desde la primera demanda, disposición que es aplicable por analogía, ya que la pensión viene a ser una gracia que concede el Estado para la subsistencia del empleado que carece de bienes de fortuna”.

IV. Sentencia.

A mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **revoca** la sentencia de primera instancia pronunciada por el tribunal superior del distrito judicial de Tunja, y en su lugar falla este negocio así:

Decrétase a favor del señor Lisandro Jaime, vecino de la ciudad de Tunja, una pensión de jubilación de cincuenta y cinco pesos (\$ 55.00) moneda corriente, en

forma mensual y con carácter vitalicio, por sus servicios al Estado como empleado civil durante treinta (30) años, que le será pagada por el Tesoro Nacional desde el día treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos treinta y ocho (1938) en que fue presentado el libelo de demanda ante el tribunal de primera instancia.

La pensión que por medio de este fallo se reconoce al beneficiario, queda sujeta a la pérdida o suspensión de conformidad con las leyes.

Copia de esta sentencia será enviada a los señores ministros de gobierno y de hacienda y crédito público y al señor contralor general de la república.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al tribunal de su origen.

Juan A. Donado V. — Anibal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Secretario.

R E Q U E R I M I E N T O



El requerimiento entraña la práctica de una diligencia extrajudicial que no complica ninguna suerte de controversia, ni oposición de parte. Equivale a una sencilla notificación a la persona designada, de la solicitud del que la formula cuyos efectos se valoran posteriormente, si hay lugar a juicio en que se haga mérito del requerimiento. El requerimiento no tiene carácter contencioso ni es una demanda judicial por la cual se promueva un juicio civil contencioso. Por consiguiente, aun siendo parte la Nación, queda fuera de la competencia señalada por el art. 76 del C. J. a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial para los asuntos contenciosos en que aquella es parte. El requerimiento de un acreedor a la Nación puede notificarse por medio de un Juez de Circuito, como se notifica, v. gr., la cesión de un crédito al deudor.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, febrero diez de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Juan A. Donado V.)

El general Jorge Martínez L. solicitó al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que hiciera un requerimiento al Gobierno Nacional para que éste proceda a cumplir la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de Unica Instancia, de treinta de octubre de mil novecientos treinta y nueve recaída sobre un contrato de bienes ocultos entre la Nación y el mencionado general Martínez.

Negada la anterior solicitud, por auto

del 18 de junio del presente año el Tribunal decidió la reposición interpuesta, en auto del 9 de julio confirmando la denegación del requerimiento por carencia de jurisdicción para ello, y concediendo en subsidio el recurso de apelación para ante la Corte.

Se hacen las siguientes observaciones sobre la competencia para decidir de la alzada.

Bien sabido es que la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia conoce en segunda instancia de los negocios civiles de que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. Estos conocen en primera instancia de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado, salvo los juicios de expropiación y los de que trata el artículo 40 del Código Judicial.

El requerimiento, según fallo dictado en la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte, "entraña la práctica de una diligencia extrajudicial, que no implica ninguna suerte de controversia, ni oposición de parte. El requerimiento equivale a una sencilla notificación a la persona designada, de la solicitud del que la formula cuyos efectos se valoran posteriormente, si hay lugar a juicio en que se haga mérito del requerimiento". (Gaceta Judicial, números 1957 y 1958).

De acuerdo con este orden de ideas el señor Procurador Delegado en lo Civil emite el siguiente concepto que la Corte acoge por considerarlo jurídico:

"El requerimiento judicial al deudor para el efecto de constituirlo en mora no es una orden de pago impartida por el Juez. Es el acreedor por conducto del Juez quien requiere de pago a su deudor. El

calificativo de **judicial** proviene de que es el Juez quien notifica o hace saber al deudor el requerimiento del acreedor.

“Siendo ello así las diligencias sobre requerimiento no tienen carácter contencioso. Por medio de ellas no se promueve juicio alguno de jurisdicción contenciosa. El requerimiento no es una demanda judicial por la cual se promueve un juicio civil contencioso. De consiguiente, aun siendo parte la Nación, queda fuera de la competencia señalada por el artículo 76 del Código Judicial a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial para los **asuntos contenciosos** en que aquélla es parte”.

De modo, pues, que si el requerimiento no es asunto contencioso no es de la competencia del Tribunal como bien claro lo expresó esta entidad en el auto recurrido.

La Corte acoge igualmente la opinión del citado funcionario por la cual indica la competencia para casos como el presente cuando dice:

“Que los Jueces de Circuito no pueden

conocer de asuntos judiciales en que tiene interés la Nación no es un precepto absoluto. Son varios los asuntos judiciales en que es parte el Estado y que se atribuyen a la competencia de los Jueces de Circuito. De tal suerte que nada habrá de irregular en que el requerimiento de un acreedor a la Nación se notifique por medio de un Juez de Circuito, como se notifica, v. gr., la cesión de un crédito al deudor”.

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 objeto de la alzada, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 18 de junio del presente año.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Arturo Tapias Pilonieta — El conjuer, José Antonio Archila—Manuel Pineda Garrido, Srio.



SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA.

El artículo 364 del C. J., no puede interpretarse de manera que la desidia de los encargados de impartir justicia pueda descargarse sobre el demandante que ha hecho las gestiones que le competen para el avance del juicio. Si, pues, éste se encuentra pendiente no de gestión que le corresponda al demandante y sin la cual no se pueda adelantar la litis, sino de actuación propia del juez o del secretario, no se puede hablar de abandono, y, por tanto, no es el caso de aplicar la sanción de caducidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Civil de Unica Instancia. — Bogotá, diciembre catorce de mil novecientos cuarenta.

En su condición de apoderado de The Western Andes Mining Company Limited, el doctor Eduardo Rodríguez Piñeres ha solicitado que se revoque el auto de fecha seis de abril de 1938, proferido por esta Sala, en el que se decreta la caducidad de la instancia en el juicio iniciado por aquella firma contra la Nación, y que, en su lugar, se resuelva que no es llegado el caso de declarar la caducidad parcial del juicio.

Los argumentos en que se basa la solicitud de revocación pueden resumirse así:

a) Obra en el juicio un proveído, que

es ley del proceso, del siguiente tenor:

“Como en el presente juicio la Nación es actora en la demanda de reconvencción, la disposición del artículo 54 de la Ley 105 de 1890 no le es aplicable. De consiguiente vuelva a la secretaría hasta que las partes promuevan”. Ese proveído —se dice— impide que a la parte representada por el doctor Rodríguez Piñeres se le aplique la severa sanción de la caducidad, ya que en virtud de lo allí resuelto, esa parte podía descansar, como descansó, en la seguridad de que nada tenía que hacer para evitar que caducara su acción.

b) Estando vencido el término probatorio, no tenía esa parte que hacer ninguna gestión por escrito para la continuación del juicio. Lo que seguía era del resorte de la secretaría.

c) Tratándose, como se trata, en el presente caso de una disposición que establece una pena o sanción para el caso abandono del juicio en primera instancia, no puede aplicarse a un juicio que sólo tiene una instancia. Las penas no tienen aplicación sino en los casos taxativamente determinados por la ley. No se aplican por analogía.

ch) Del hecho de que al juicio de una sola instancia se le dé la tramitación de la primera, no se desprende que pueda aplicársele por extensión el precepto que impone una pena.

d) Siguiéndose bajo una misma cuerda dos demandas no cabe la caducidad parcial, desde luego que si se decreta ésta no se podría dar cumplimiento al tercer inciso del artículo 364 del C. J.; y no va-

le alegar que si se niega, se infiere perjuicio al Estado, pues en manos de su representante está que cese la paralización del juicio, haciendo la gestión que estime conducente.

e) En la mente de los autores del Código Judicial estuvo la idea de que la caducidad de la instancia no podría decretarse de oficio como en el código viejo, sino a solicitud del demandado, "previéndolo precisamente el caso de que hubiera demanda de reconvencción, no ya del Estado, sino de simples particulares, y que el demandado quisiera seguir el asunto adelante, para que su demanda no corriera la misma suerte que la del actor al decretarse que se archivara el expediente".

f) La misma forma en que se puede hacer la notificación del auto sobre caducidad —por edicto, como sentencia— está indicando que en el ánimo del legislador no pudo estar la caducidad parcial.

El señor procurador delegado en lo civil sostiene que el auto arriba transcrito tuvo en cuenta situaciones jurídicas diversas, lapsos diferentes a los tenidos en cuenta para pronunciar el auto de 6 de abril de 1938. "La caducidad decretada por este último proveído —dice— no se refiere a la misma situación que motivó el auto de 5 de junio (el ya transcrito), contempla una situación, un lapso totalmente diverso, espacio de tiempo que bien hubiera podido autorizar múltiples decretos sobre caducidad y que se extiende del 5 de junio de 1930 hasta que la Procuraduría solicitó en memorial de 28 de agosto de 1936 se decretara la caducidad de la acción principal". Sostiene, además, que la caducidad tiene la naturaleza jurídica de disposición general que se aplica a todos los juicios, con las excepciones expresamente consagradas.

La Sala considera:

Es evidente que el auto de 5 de junio de 1930 es ley del proceso, pero ese proveído no tiene el alcance que le ha dado el reposicionista, es decir, no se expresa allí que el artículo 54 de la Ley 105 de 1890, no es aplicable en el presente juicio.

Lo que dice la comentada providencia es que el referido artículo 54 no le es aplicable a la Nación. Para convencerse de que éste es el verdadero sentido del auto cuestionado, basta invertir el orden de sus términos, y decir, por ejemplo: la disposición del artículo 54 de la Ley 105 de 1890 no es aplicable a la Nación, por ser ella actora en la demanda de reconvencción en el presente juicio. Si descomponemos la cláusula, resultan dos proposiciones: 1ª La Nación es actora en la demanda de reconvencción en el presente juicio. 2ª La disposición del artículo 54 de la Ley 105 de 1890 no le es aplicable. En la primera, el sustantivo nación hace de sujeto. En la segunda, el mismo sustantivo, reemplazado por la forma pronominal de tercera persona, le, sirve de complemento dativo, que modifica al predicado aplicable, el cual está modificado, además, por el complemento directo o acusativo la disposición del artículo 54 de la Ley 105 de 1890, que es cosa no aplicable. Esa segunda proposición podría transformarse así: No es aplicable la disposición del artículo 54 de la Ley 105 de 1890 a la Nación. La frase en el presente juicio, es uno de los complementos circunstanciales que modifican al predicado actora en la primera proposición.

El fundamento distinguido con la letra b) merece especial consideración. Indudablemente es la caducidad una severa sanción que la ley establece contra la falta de diligencia del demandante que abandona durante un año el juicio. Pero como no siempre la paralización de éste obedece a negligencia del demandante, ya que también puede ser culpable de esa inercia el juez o el secretario, precisa, conforme a las más elementales normas de equidad, establecer lindes que indiquen dónde la inacción deja de ser imputable al demandante.

En la formación del proceso, tanto el juez como el secretario y el demandante como el demandado, tienen obligaciones que les impone la ley. Así, establece esta (artículo 348 del Código Judicial) que

con excepción de los casos expresamente señalados en ella, los jueces deben adelantar los juicios por sí y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos, si es ocasionada por omisión o culpa suya. Y en cuanto a los secretarios, dispone el artículo 356 *ibidem*: "Al día siguiente de vencido un término judicial, debe informarlo el secretario y poner el expediente al despacho, haya o no papel sellado". Vencido el término probatorio es, pues, obligación del secretario poner el asunto al despacho del juez con el informe correspondiente. Si no lo hace así, deja de ejercer una actividad procesal de su exclusiva incumbencia, una actividad que le es propia, para cuya realización no ha menester ninguna gestión escrita del demandante. Como no se necesita, sin duda alguna, para que el juez dicte el fallo que le compete, una vez que el negocio ha entrado a su despacho. Tanto en uno como en otro caso, la actividad que el respectivo funcionario debe desplegar en la relación procesal no obedece a petición de ninguna de las partes.

Es sencillamente el cumplimiento de un deber, el acatamiento a un mandato legal. Afirma por ejemplo, que aunque el negocio esté al despacho del juez, y allí permanezca por más de un año aguardando fallo, hay que declarar la caducidad si así lo solicita el demandado, y siempre que el demandante no haya —durante ese lapso— hecho ninguna gestión por escrito, equivale, en el fondo, a sostener que es indispensable, para que el juez cumpla su deber, que así se le pida; lo cual es inaceptable a todas luces. El artículo 364 del C. J., no puede interpretarse de manera que la desidia de los encargados de impartir justicia pueda descargarse sobre el demandante que ha hecho las gestiones que le competen para el avance del

juicio. Si, pues, éste se encuentra pendiente no de gestión que le corresponda al demandante y sin la cual no se pueda adelantar la litis, sino de actuación propia del juez o del secretario, no se puede hablar de abandono, no es el caso de aplicar la sanción de la caducidad. Tal ocurre en el presente caso. El abogado personero de la parte demandante en la demanda principal, hizo lo que era de su resorte para la marcha regular del negocio, dio el impulso procesal que le correspondía hasta la finalización del período probatorio. Cumplida esta etapa del pleito, no había necesidad, para su prosecución, de ninguna gestión escrita de la parte demandante contrademandada por la Nación. Una actividad propia del secretario, cual es la de poner al despacho el negocio con el informe de estar vencido el término probatorio, era lo que seguía. Llamar la atención a ese funcionario para que cumpla su deber es tarea que corresponde al Juez. Para que proceda en tal sentido no es necesario que lo pida alguna de las partes.

Lo expuesto es suficiente para acceder a lo pedido por el reposicionista.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de Unica Instancia, revoca el auto de fecha 6 de abril de 1938 de que se ha hecho mérito, y en su lugar resuelve: No ha lugar a declarar la caducidad parcial del juicio iniciado por The Western Andes Mining Company Limited contra la Nación.

Notifíquese y cópiese.

Arturo Tapias Pilonieta. — Daniel Anzola. — Isaías Cepeda. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Juan A. Donado V. — Manuel Pineda Garrido, Secretario.

RELACIONES ENTRE EL EMPLEADO PUBLICO Y EL ESTADO

Las relaciones jurídicas entre el empleado público y el Estado no son de índole contractual, sino de servicio público. No es contractual, pues entre el empleado y la Administración no existe previo acuerdo de voluntades; ésta crea el empleo, le señala sueldo y atribuciones y nombra el funcionario aun sin previa consulta; la investidura del cargo en el funcionario es unilateral y obra exclusiva del Estado; el funcionario no discute sueldo ni condiciones de trabajo y la Administración queda en libertad de variar esas condiciones, aun contra la voluntad del empleado.

Corte Suprema de Justicia—Sala Civil de Unica Instancia—Bogotá, mayo veintuno de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

Rafael Martínez R. presenta ante esta Sala demanda ordinaria contra la Nación para que se la condene a pagarle la cantidad de \$ 119.00, valor de unos viáticos que según la relación de hechos le corresponde durante treinta y cuatro días de excedencia en la comisión que en su calidad de empleado, con el cargo de Ingeniero 3º auxiliar de la Aeronáutica Civil, dependencia del Ministerio de Guerra, desempeñó en Neiva, a razón de \$ 3.50 por día.

Según afirma, dichos viáticos no le fueron reconocidos por el Ministerio, y en tal virtud demanda a la Nación para que la Corte la condene a pagárselos.

Según la norma del artículo 40 del C. J. la Sala Civil de Unica Instancia conoce privativamente y en una sola instancia de todas las controversias provenientes

de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquiera entidad o persona, aunque la Nación haya transferido, en todo o en parte, sus derechos.

Procede considerar si la acción intentada cabe dentro de los presupuestos de la anterior regla.

El actor afirma su calidad de empleado y en razón de ella demanda a la Nación.

La jurisprudencia ha definido con absoluta claridad la índole de las relaciones jurídicas que median entre el funcionario y el Estado. Hoy no cabe duda sobre el hecho de que tal vínculo no es en manera alguna de índole contractual, sino una simple relación de servicio público. Y no es contractual ya que entre el empleado y la Administración no existe previo acuerdo de voluntades; ésta crea el empleo, le señala sueldo y atribuciones, y nombra al funcionario aún sin previa consulta; la investidura del cargo en el funcionario es unilateral y obra exclusiva del Estado; el funcionario no discute sueldo ni condiciones de trabajo y la Administración queda en libertad de variar esas condiciones, aun contra la voluntad del empleado.

No teniendo tal relación jurídica el carácter de contractual, las diferencias que surjan entre el Estado y el funcionario no pueden ser dirimidas por esta Sala, pues la ley no le concede competencia para ello.

No es, en consecuencia, procedente la demanda anterior. Por tal razón la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema de Justicia declara que carece de competencia para conocer de este asunto.

Notifíquese, cópiese y archívese.

Aníbal Cardoso Gaitán—Juan A. Donado V.—Liberio Escallón—Ricardo Hines-trosa Daza—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppad.

C O M P E T E N C I A

Para que pueda conocer la Sala de Negocios Generales de una acción dirigida contra la Nación, es indispensable, conforme al artículo 40 del C. J., que la controversia se haya originado a causa de un contrato celebrado entre el actor y la Nación, mas no de meras relaciones extracontractuales dependientes de la prestación de un servicio público.

Corte Suprema de Justicia—Sala Civil de Unica Instancia — Bogotá, junio diez y ocho de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Anibal Cardoso Gaitán)

El señor Luis Eduardo Peralta en libelo de fecha 5 de mayo de 1941 demanda a la Nación para que, previo el trámite del juicio ordinario se le condene "a pagarme—dice— la suma de \$ 1.090 moneda legal como sanción en el retraso de suministro de facultativo que se encargara de mi asistencia médica y quirúrgica durante el período de tiempo de 218 días, contados de 13 de febrero al 17 de septiembre de 1940, inclusive".

La demanda viene dirigida a esta Sala de la Corte, y por tanto, su competencia para conocer de ella, tiene que estar regulada por el artículo 40 del C. J. No lo cree así el demandante, quien afirma ser ella la competente "por tratarse de ser la Nación la demandada y por mandato del inciso 2º del artículo 15 de la ley 57 de 1915".

De los hechos de la demanda se desprende que siendo el actor encargado del Aeródromo de Puerto Carreño sufrió el 12 de febrero de 1940 un accidente de trabajo, en el cual, al hacer un esfuerzo violento se le brotó la hernia izquierda; que habiendo dado cuenta del accidente a la

Dirección de Aeronáutica Civil, desatendió ella su asistencia médica y quirúrgica hasta el 12 de septiembre de 1940, fecha en que ingresó al hospital militar para ser sometido a operación; y que desde la fecha del accidente hasta la de su ingreso al hospital militar su vida estuvo en peligro.

La causa de la reclamación del actor, no se origina de controversia proveniente de contrato celebrado entre él y la Nación sino de relaciones extracontractuales dependientes de la prestación de un servicio público. No es, por tanto, competente para conocer de ella la Sala Civil de Unica Instancia.

Por lo que toca a la afirmación del actor de que esta competencia le está señalada a la Sala en el inciso 2º del art. 15 de la ley 57 de 1915, hay que observar que ésta no resulta de la norma que menciona y que dice: "Artículo 15. Conocerán, mediante juicio ordinario, de las controversias que se susciten por razón de la presente ley, entre el patrón y el trabajador, cualquiera que sea la cuantía, los jueces municipales. La actuación será en papel común. Si la acción se dirige contra el Municipio, el Departamento o la Nación, el juicio se seguirá ante los jueces que sean competentes según las reglas generales". En forma alguna se asigna a esta Sala competencia para conocer de los conflictos del trabajo suscitados entre la Nación y sus funcionarios o dependientes.

En virtud de lo expuesto, la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema de Justicia declara su inhibición para conocer de este asunto por no ser de su competencia.

Notifíquese, cópiese y archívese.

José Miguel Arango—Juan A. Donado V.—Anibal Cardoso Gaitán—Isaías Cepeda—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio.

INDICE

	Págs.		Págs.
EDITORIAL—Controversia jurídica sobre filiación natural, de los doctores Hernán Copete y Eduardo Zuleta Angel	1		
SALA PLENA			
DECRETO ACUSADO NUMERO 1438 DE 18 DE JULIO DE 1940, "POR EL CUAL SE REFORMA LA LEY 23 DE 1931, ORGANICA DEL CONSEJO DE LA ECONOMIA NACIONAL Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES". Se declara exequible el decreto acusado por no pugnar con los textos constitucionales citados por el demandante, ni con algunos otros. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda.	21	ACION, EN LA CUESTION DE PATERNIDAD—INTERPRETACION DEL ARTICULO 12 DE LA LEY 45 DE 1936—QUE INCIDENTES CABEN EN EL RECURSO DE CASACION—PERSONERIA SUSTANTIVA — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, proferida el 30 de mayo de 1939, en el ordinario de Jorge Horacio Osorio contra Tomasa Calderón o Centeno. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez	43
ARTICULOS 5º Y 7º DE LA LEY 264 DE 1938 SOBRE SOCIEDADES COOPERATIVAS PARA LA ELABORACION DE SAL, ACUSADOS COMO INCONSTITUCIONALES, Y DECRETO 1377 DE 17 DE JULIO DE 1940, ACUSADO TAMBIEN EN SU ART. 2º—Se declaran inexequibles los artículos 5º de la ley 264 de 1938 y 2º del decreto número 1377 de 1940, en algunas partes, y exequible el artículo 7º de la citada ley 264 de 1938. Magistrado ponente, Dr. José Miguel Arango	26	SALVAMENTO DE VOTO del doctor Arturo Tapias Pilonieta a la anterior sentencia	59
LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL.—Se declara inexequible el artículo 722 del nuevo Código de Procedimiento Penal únicamente en cuanto sustrae los procesos iniciados antes del 1º de julio de 1938, fecha de su vigencia, de la aplicación de sus normas de carácter sustantivo, en los casos en que son más favorables al acusado que las reglas respectivas de la legislación anterior. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto	31	SALVAMENTO DE VOTO del doctor Juan Francisco Mújica, a la anterior sentencia	64
		SALVAMENTO DE VOTO del doctor Hernán Salamanca, a la anterior sentencia	76
SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL			
		ELEMENTALES CONSIDERACIONES SOBRE LOS COMPONENTES OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL DELITO, Y RESPECTO DE LA REINCIDENCIA GENERICA Y ESPECIFICA. — No se invalida la sentencia del Tribunal de Tunja, de diez y seis de mil novecientos treinta y nueve, que impuso a Conrado o Conradino Ortega la pena principal de doce años de presidio por la muerte que dio a Rosendo Quintero. Magistrado ponente, doctor Campo Elias Aguirre	81
		HOMICIDIO EJECUTADO EN EL ACTO DE RECIBIR INJURIAS GRAVES. AUTO DE ENJUICIAMIENTO COMO BASE DE LA SENTENCIA EN EL JUICIO PENAL.—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Pasto fechada el once de julio de mil novecientos treinta y nueve, que impuso a Segundo García la pena principal de seis años de presidio como responsable de la muerte violenta de Euclides Mesa. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo	84
		HOMICIDIO.—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, de fecha 27 de mayo de 1940, por la cual se impuso a Carlos Julio y Víctor Manuel Acevedo la pena principal de seis años de presidio por el homicidio de Jobo Neitalí Pérez. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto	88
		HOMICIDIO. — IRREGULARIDADES EN EL JURADO — Se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Buga, de 24 de julio de 1940, que condenó a Eduardo Aristizábal a la pena prin-	
SALA DE CASACION CIVIL			
FILIACION NATURAL — HISTORIA EVOLUTIVA DEL DERECHO SOBRE ESTA MATERIA EN FRANCIA—CINCO CASOS EN QUE PERMITE LA LEY FRANCESA LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD—HISTORIA SOBRE LA MATERIA EN COLOMBIA—ANALOGIAS Y DIFERENCIAS ENTRE LAS DOS LEGISLACIONES—EL ESTATUTO PATRIO NO SEÑALO TERMINOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCION DE INVESTIGACION—LA MUERTE DEL PADRE NATURAL ES CAUSA DE EXTINCION DE ESA ACCION—QUIEN ES LEGITIMO CONTRADICTOR, CONFORME A NUESTRA LEGISLA-			

	Págs.		Págs.
<p>cipal de quince años de presidio por el homicidio cometido en la persona de Eladio Vélez; se declara nulo lo actuado y se ordena reponer el procedimiento. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto</p>	90	<p>cutivo de Candelaria Gutiérrez de Henríquez contra el Departamento del Atlántico, para el pago de una suma de pesos. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán</p>	115
<p>HERIDAS—ROBO — No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, del 1º de julio de 1940, que condenó a Justiniano Hernández a cuatro años y medio de presidio por heridas en la persona de Siervo de Jesús Lemus, y a cuatro años y tres meses de igual pena por el delito de robo cometido en propiedad del mismo Lemus. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto</p>	92	<p>EXCEPCIONES — COMPETENCIA DE LA SALA—FAROS — Se declara fundada la excepción de petición antes de tiempo; se ordena cesar la ejecución y se decreta el desembargo de los bienes, en el juicio que contra Ernesto Navarro seguía la Nación por intermedio del Juzgado de Rentas Nacionales de Cartagena. Magistrado ponente, doctor Juan A. Donado V.</p>	117
<p>AUTOS DE SOBRESEIMIENTO—Se da concepto favorable para el cambio de radicación del sumario que se adelanta en el Juzgado Judicial Segundo Superior de Cartagena por los delitos cometidos en la Tesorería de ese Municipio</p>	94	<p>INCIDENTES DE EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO SEGUIDOS CON JURISDICCION COACTIVA — RECLAMACIONES REFERENTES AL IMPUESTO SOBRE LA RENTA — Se declara no probada la excepción de inexistencia o carencia de causa de la obligación y se ordena seguir adelante la ejecución, en el juicio que contra Siemens Bauunion Ltd. Philipp Holzmann, S. A., sigue el Juzgado de Rentas Nacionales de Bogotá a favor de la Nación. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán</p>	121
<p>No se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito de Santa Rosa de Viterbo, de 14 de diciembre de 1939, que condenó a Lucas Pedraza Munar a la pena principal de ocho años de presidio, como responsable de la muerte de Carlina Sanabria de Granados. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo</p>	100	<p>PENSION — COMPETENCIA DE LA SALA—Se revoca la sentencia pronunciada por el Distrito Judicial de Tunja, en el ordinario de Lisandro Jaime contra la Nación, para obtener el reconocimiento de una pensión de jubilación vitalicia. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta</p>	127
<p>COLISION DE COMPETENCIAS—Se dirime la colisión de competencias a favor del Juez Municipal de Montenegro (Caldas), en el delito por abuso de confianza seguido contra Miguel o José J. García. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre</p>	103	<p>REQUERIMIENTO—Se confirma el auto proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 18 de junio de 1940, en la solicitud del general Jorge Martínez L. para requerir a la Nación en el cumplimiento de una sentencia de la Corte. Magistrado ponente, doctor Juan A. Donado V.</p>	132
<p>SOBRESEIMIENTO — Se abstiene la Corte de revisar el auto de sobreseimiento consultado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. Magistrado ponente, Dr. Campo Elías Aguirre</p>	106	<p style="text-align: center;">SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA</p>	
<p>RECURSO DE HECHO PARA OBTENER EL DE CASACION—No es admisible el recurso de hecho interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 18 de diciembre de 1939, que impuso a Ignacio Moya Bernal la pena de dos años y veintidós días de reclusión por el delito de heridas. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo</p>	108	<p>CADUCIDAD DE LA INSTANCIA — Se revoca el auto de fecha seis de abril de mil novecientos treinta y ocho proferido por la Corte en Sala Civil de Unica Instancia y se declara que no hay lugar a la caducidad parcial del juicio iniciado por The Western Andes Mining Company Limited contra la Nación</p>	134
<p style="text-align: center;">SALA DE NEGOCIOS GENERALES</p>		<p>RELACIONES ENTRE EL EMPLEADO PUBLICO Y EL ESTADO. Se declara improcedente la demanda seguida por Rafael Martínez R. contra la Nación para el pago de una suma de pesos, por carecer la Sala de competencia para conocer del asunto. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán ..</p>	137
<p>ASIGNACIONES POR CUENTA DEL TESORO PUBLICO — Se confirma la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el ordinario de Abraham González contra el Departamento de Antioquia, para obtener el pago de una suma de pesos. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta</p>	110	<p>COMPETENCIA — Se declara inhibida la Sala Civil de Unica Instancia para conocer de la demanda seguida por Luis Eduardo Peralta contra la Nación, por falta de competencia. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán ..</p>	138
<p>PENSION — Se confirma la providencia de 30 de septiembre de 1939 del Tribunal Superior de Barranquilla, en el eje-</p>			

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

“Saber las leyes non es tan solamente en aprender et decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento”.

(SIETE PARTIDAS: PARTIDA 1a., TITULO 1o., LEY XIII).

“Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite”.
(Proemium Institutio num D. Justiniani)

TOMO LI

Bogotá—Julio y Agosto de 1941.

Nos. 1971 y 1972.

COMENTARIOS A LA LEY 28 DE 1932

ARTICULO 1º

“Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto 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 hubiere adquirido o adquiriera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación”.

CAPACIDAD DE LA MUJER CASADA

La primera cuestión que sugiere la lectura de este artículo es la referente a su alcance en cuanto a la ca-

pacidad civil de la mujer casada. Le otorgó esta ley algunas facultades singulares, limitadas y estrictas, como en el caso de la Ley 8ª de 1922, o la elevó a la categoría de persona sui juris plenamente capaz?

Nos parece (y esto lo ha venido a confirmar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en más de cinco fallos, desde el muy famoso y completo de 20 de octubre de 1937), que al darle la ley a la mujer casada la “libre administración y disposición de bienes”, con facultad ilimitada para contraer deudas, es decir, obligaciones (artículo 2º), para comparecer en juicio (artículo 5º) etc., todo esto sin autorización de su marido, que dejó de ser su representante legal (artículo 5º), el nuevo estatuto le dio la más completa capaci-

dad civil; al extremo de que, como se expresa en el precitado fallo, "Llegado el 1° de enero de 1933, por efecto de la vigencia de la Ley 28 cesó la relativa incapacidad civil de la mujer casada y de ahí en adelante dejó de figurar en la lista legal de los incapaces (artículo 1.504). Si era mayor de edad, volvió a ser tan libre en el ejercicio de su actividad jurídico-económica como las mujeres solteras y mayores. Podrá, en consecuencia, ser fiadora, comerciante, codeudora, socia etc., etc., porque ante la facultad general de disposición de bienes que se le otorgó no se concibe la supervivencia de casos de excepción que no estén contemplados en el nuevo estatuto, destinado a cambiar todo un régimen de capacidad anterior.

La mujer casada y mayor posee plena capacidad civil desde la fecha citada, por ministerio de la propia ley que se la confirmó sin atenuaciones ni reservas, comoquiera que la capacidad de la mujer para administrar sus bienes rígesse inmediatamente por la ley posterior (artículo 23 de la Ley 153 de 1887".

Al decir la Corte que hoy la mujer casada puede "ser fiadora, comerciante, codeudora, socia etc., etc.", y que la Ley 28 le dio una "plena capacidad civil", "sin atenuaciones ni reservas", está diciendo, entre muchas otras cosas, que:

Puede comprar y enajenar (por venta, donación, permuta, aporte a sociedades, dación en pago etc.), bienes raíces y muebles.

Puede contraer toda clase de obligaciones principales: como las de arrendataria, prestataria, mandataria, socia, etc.

Consecuencialmente puede contraer obligaciones accesorias, como las de otorgar hipotecas y prendas, ser fiadora, etc.

Puede fundar y manejar una em-

presa de comercio, abrir almacenes, entrar en toda clase de negociaciones mercantiles.

Puede emprender en cualquier profesión u oficio: agricultura, oficinista, empleada en general, modista, abogada, médica, dentista, institutadora, etc.

Puede ejercitar toda clase de acciones que le interesen, inclusive, investida como está "de toda personería", las "tendientes a obtener la reintegración al patrimonio social existente el 1° de enero de 1933 de bienes sociales de que el marido dispuso después de esa fecha mediante contratos con terceros que ella impugna por vicios de donde desprende su invalidez o inexistencia" (sentencia citada).

SUBSISTENCIA DE LA LLAMADA SOCIEDAD CONYUGAL

Aunque el artículo 1° que comentamos no hace la referencia explícita al artículo 180 del C. C., como si la hacía el proyecto primitivo, la sociedad no se suprimió, porque no obstante el cambio de redacción que sufrió en la Cámara de Representantes, nadie dudó, y tal pensamiento fue expresado en las conferencias que los autores del texto adoptado tuvieron con nosotros al elaborar el pliego de modificaciones, de que el fondo del sistema propuesto en nada se afectaba: separación práctica de bienes, pero con subsistencia del concepto de sociedad para ser liquidada cuando fuera el caso; es decir, combinación de los dos sistemas, en forma semejante a la que existe en Francia parcialmente desde 1907 con respecto al producto del trabajo de los cónyuges: cada uno tiene la libre administración y disposición de lo que gana en sus oficios o profesión, pero sin que desaparezca respecto de esas adquisiciones el concepto de comunidad.

Nosotros hemos generalizado ese sistema mixto, como lo quiere en Francia el Ministro de Justicia, M. Renoult, con el proyecto propuesto en junio de 1932; hemos generalizado el principio establecido en nuestro propio Código Civil referente a las herencias o legados que se dejan a la mujer con la condición de que no los administre el marido como lo dispone el artículo 211, cuyo numeral 5° dice: "Serán exclusivamente de la mujer los frutos de las cosas que administra y todo lo que con ellos adquiriera". Este principio fue extendido al fruto del trabajo y de la industria y completado con la capacidad civil; nada más.

Otros dos antecedentes nos ofrece la legislación como un principio de reconocimiento de los derechos de la mujer casada: el artículo 1° de la Ley 8° de 1922, que dice:

"...La mujer casada tendrá siempre la administración y el uso libres de los siguientes bienes:

"1° Los determinados en capitulaciones matrimoniales;

"2° Los de su exclusivo uso personal, como son sus vestidos, ajuares, joyas e instrumentos de su profesión u oficio.

"De estos bienes no podrá disponer en ningún caso por sí solo uno de los cónyuges, cualquiera que sea su valor".

Y el inciso 2° del artículo 12, Ley 124 de 1928, que estableció:

"...Los depósitos hechos por mujeres casadas en las cajas de ahorros que funcionen legalmente, se tendrán como bienes propios suyos, de que sólo pueden disponer las mismas depositantes".

Y nada de esto impuso la extinción total o parcial de la sociedad.

Lo expuesto quiere decir que la nueva Ley no ha decretado la disolución de las sociedades conyugales (véase el comentario al artículo 7°) ni implica en los matrimonios nue-

vos la inexistencia de dicha sociedad. Lo que se consagra es un diferente manejo de ella y diferentes efectos de la misma mientras perdura. De manera que, aunque no se haya dicho expresamente, la disposición del artículo 180 del Código Civil, según la cual por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, subsiste; pero sin otro efecto que el de proceder en su liquidación de conformidad con las normas que rigen esa institución y quedando derogada la regla de que "toma el marido la administración de los de la mujer", según lo disponía el mismo artículo.

El Senador Muñoz Obando sostuvo en el Senado, es decir, cuando ya el proyecto se hallaba concebido como salió redactado de la Cámara y como quedó definitivamente, que la institución de la sociedad conyugal subsiste, llegando a afirmar que esa sociedad no es simplemente teórica sino real, positiva. El honorable Senador declara que "la realidad jurídica es que en el nuevo sistema, como antes, por el solo hecho del matrimonio queda constituida esa sociedad... Lo que ocurre en el sistema del proyecto es que aunque la sociedad o comunidad nace y se forme por el mero hecho del matrimonio de modo real e incuestionable, no se gobierna como en el sistema del Código vigente, sino de otro modo; no se rige por preceptos que quitan a uno de los socios (la mujer) toda ingerencia en los negocios sociales, sino de acuerdo con normas más civilizadas, más conformes con los tiempos actuales, más equitativas y más ajustadas a la realidad de los derechos de ambos socios..."

El honorable Senador Muñoz tiene razón. Considérese simplemente teórica o real la sociedad, lo cierto es que subsiste, para los efectos de la liquidación cuando llegue el caso; y entre tanto, para administrar y

en relación con terceros rige una separación práctica.

Razón demás para sostener la tesis de que se trata, es el propio texto del artículo 1° de la Ley, donde dice: "...Pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación".

Uno de aquellos eventos es la muerte de uno de los cónyuges, otro es el divorcio, otro la nulidad del matrimonio, y otro la separación judicial definitiva (Art. 197 siguientes del Código Civil), lo que revela que mientras no sobrevenga uno de esos eventos, la sociedad existe. Una de las consecuencias, a la vez que explicación de este concepto, es el hecho de que la separación práctica pero relativa que establece la ley como régimen patrimonial de derecho, es cosa diferente de la separación absoluta que se produce por muerte, divorcio, nulidad del matrimonio o decreto judicial.

En la primera situación cada cónyuge adquiere, administra y dispone, teniendo en cuenta que al fin viene una distribución de gananciales; en la segunda situación cada cónyuge trabaja para sí, por su cuenta, sin lugar a que luego dé al otro cónyuge participación en lo que ha ganado. Por eso dice el artículo 203 del Código Civil:

"...Decretada la separación de bienes, se entregarán a la mujer los suyos, y en cuanto a la división de los gananciales se seguirán las mismas reglas que en el caso de la disolución del matrimonio.

"La mujer no tendrá desde entonces parte alguna en los gananciales que provengan de la administración del marido; y el marido a su vez no tendrá parte alguna en los gananciales

que provengan de la administración de la mujer..."

De esto se deduce que no siendo iguales las situaciones creadas por la Ley y por la sentencia de separación, la expedición de aquella no acabó con la sociedad conyugal ni con la acción de separación de bienes para los matrimonios futuros ni para los anteriores.

Es cierto que desde la vigencia de la Ley 28 de 1932, la mujer tendrá el goce, manejo y libre disposición en su provecho y sin intervención del marido, de los bienes de su exclusiva pertenencia y de los que adquiriera a cualquier título, y esta situación aminora la utilidad de la acción de separación de bienes, pero hay muchos casos en que dicha acción puede serle extremadamente útil y de notoria justicia, como todos los de causales que autorizarían el divorcio por hechos imputables al marido, como lo previene el Art. 2° de la Ley 8° de 1922. Supóngase, en efecto, el caso de una mujer laboriosa que en cualquier oficio, industria o profesión, está haciendo cuantiosos ahorros y aumentando la fortuna familiar, al tiempo que el marido es un holgazán, dilapidador, o vive amancebado, o en embriaguez habitual, o en el abandono de sus deberes de esposo y padre, o ultrajando, dándole trato cruel y maltratando de obra a su mujer (casos de separación de bienes según la Ley 8° de 1922). Es verdad que la mujer goza de autonomía patrimonial, pero ¿cómo va a ser justo que siga trabajando para acumularle gananciales a ese marido? Le queda el recurso y debe quedarle, de pedir de una vez la separación definitiva que concluye para siempre con la sociedad, lo que le permite seguir trabajando exclusivamente para sí y para sus hijos, situación que, como es fácil ver, no es la misma que crea la sim-

ple implantación del nuevo régimen legal.

Otro caso semejante es el del artículo 1818 del Código Civil, que puede dar lugar a una separación de bienes definitiva, que puede justificarse por razones análogas a las ya expuestas, en el evento de que la mujer no quiera hacerse cargo de la administración a que se refiere ese artículo y a la vez no le convenga seguir trabajando para acumularle ganancias a un disipador, a un demente o loco o a un marido ausente que la ha abandonado.

APARENTE INCONGRUENCIA DE SISTEMAS

Una de las observaciones que se han hecho valer contra el sistema consagrado en la Ley 28, que establece una separación práctica y positiva sin abrogar la institución de la sociedad conyugal, es la de que para muchos opositores o impugnadores del sistema no se concibe la conjunción de dos conceptos en apariencia antagónicos: ¿cómo es eso, dicen, que durante el matrimonio los cónyuges están separados de bienes y al mismo tiempo están asociados; y cómo es eso de que la sociedad nace o se manifiesta precisamente a la hora en que se disuelve?

¿Y qué ocurriría con el régimen del Código Civil? Bajo su imperio, y a la luz de las nociones comunes y generales sobre sociedades o compañías, la sociedad conyugal era una simple ficción. No de otra manera puede explicarse cómo el gerente de esa sociedad era dueño exclusivo de los bienes sociales. (Art. 1806), y no solamente ante terceros, sino ante el otro socio, la mujer, pues ésta carecía de toda acción para pedirle al marido cuenta de la gestión social, de las inversiones que hiciera, etc. Repetimos: La sociedad conyugal conforme al Código era una mera ficción ante terceros, que para

efectos de negocios referentes al patrimonio social trataban al hombre casado como soltero; ficción para el hombre que durante la sociedad obraba en lo tocante a ese patrimonio, como soltero; y ficción para la mujer, que durante la sociedad carecía de todo derecho de socio, sin poderle exigir rendición de cuentas ni siquiera sobre el producido de los bienes pertenecientes a ella. Es decir, que la renombrada y admirable sociedad era una simple farsa en provecho del marido y en perjuicio de la mujer, so capa de protección de esta supuesta incapaz. En realidad, aquella sociedad no surgía sino a la hora de liquidarla, por muerte de uno de los cónyuges, nulidad del matrimonio, divorcio o sentencia de separación de bienes. Es decir, lo mismo que ocurre ahora con la aplicación de la Ley 28, conforme a la parte final del artículo 1°.

Ahora bien, subsistiendo este último fenómeno de liquidación de la llamada sociedad al llegar el evento de su disolución, en realidad subsiste también la institución misma de la tal sociedad, con la ventaja de que no implica los graves inconvenientes que tenía conforme al régimen del Código, antes de que ocurriera la referida disolución.

RADIO DE ACCION DE LA LEY

La Ley 28 se aplica a los matrimonios existentes al tiempo de entrar en vigencia? o únicamente a los celebrados con posterioridad? Se aplica a todos, porque los artículos 20 y 23 de la Ley 153 de 1887, contentivos de normas y principios jurídicos que respaldan categóricamente esta tesis, dicen:

“Artículo 20. El estado civil de las personas, adquirido conforme a la ley vigente en la fecha de su constitución, subsistirá aunque aquella ley fuere abolida; pero los derechos y obligaciones anexos al mismo estado, las consiguientes relaciones

recíprocas de autoridad o dependencia entre los cónyuges, entre los padres e hijos, entre guardadores y pupilos y los derechos de usufructo y administración de bienes ajenos, se regirán por la ley nueva, sin perjuicio de que los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley anterior tengan cumplido efecto”.

“Artículo 23. La capacidad de la mujer para administrar sus bienes se regirá inmediatamente por la ley posterior. Pero si ésta restringe dicha capacidad no se hará efectiva la restricción sino cumplido el término de un año, salvo que la ley misma disponga otra cosa”.

Este comentario, hecho por nosotros a raíz de la expedición de la ley, vino a ser confirmado, como la casi totalidad de las tesis que habíamos sostenido sobre el espíritu e inteligencia de la ley, por la notable sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 20 de octubre de 1937, y por los otros fallos subsiguientes, cuya parte doctrinaria incluimos adelante.

ALCANCE DE LA “LIBRE ADMINISTRACION Y DISPOSICION” RESPECTO DEL HABER SOCIAL

Sentada la base a que se refiere el comentario que precede, de que la ley se aplica tanto a los matrimonios anteriores a ella como a los posteriores, falta saber si el cónyuge que ha adquirido un bien antes del primero de enero de 1933, puede o no disponer de él actualmente con entera libertad, aunque no haya intervenido la liquidación prevista en el artículo 7° de la Ley 28.

Tratándose de bienes de la exclusiva propiedad del respectivo cónyuge, como los adquiridos por herencia durante el matrimonio, indudablemente su dueño puede enajenarlos o gravarlos aunque no haya

operado el artículo 7° precitado, porque la libre administración y disposición de ellos se radicaron en cabeza del cónyuge propietario por el solo ministerio de la ley, es decir, ipso jure.

Esta cuestión está ya definida sin lugar a duda por la sentencia de la Corte del 28 de septiembre de 1940.

Tratándose de bienes que ingresaban al haber de la sociedad conyugal, como un inmueble adquirido a título oneroso, ocurre lo siguiente:

Obsérvese que en el artículo 1° del proyecto primitivo, al estatuirse la “libre administración y disposición” esto se refirió a los bienes que conforme al Código Civil le pertenecen exclusivamente al cónyuge, a los demás que adquiriera durante el matrimonio o “hubiere aportado a él”. No se decía en tal artículo, al menos explícitamente, que la libre administración y disposición se extendiera a los bienes que hubiere adquirido.

El artículo 1°, como quedó definitivamente en la ley, comprendió textualmente “tanto 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 hubiere adquirido o adquiriera”. Es de advertir, y esto nos consta por haber intervenido en la redacción de la fórmula sustitutiva del artículo original, que al emplear el verbo adquirir, lo tomamos en el sentido lato y ampliamente comprensivo en que es usado por el artículo 1781 del Código Civil, cuando dice que el haber de la sociedad conyugal se compone: “5° De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiriera durante el matrimonio a título oneroso”. Es obvio que en este caso la adquisición se hace para la sociedad, y sin embargo el código habla de los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiriera; y en verdad, en estricto derecho, el cónyuge no adquiere, sino la sociedad. Así las

cosas, parecería que el numeral 5º transcrito fuera paradójico, o con-signara un contrasentido legal. No, lo que sucede es que el artículo 1781 empleó el verbo *adquirir* en un sentido lato, relacionándolo con el cónyuge que hacía la adquisición, materialmente, aunque jurídicamente no adquiriera para él.

Lo mismo se quiso decir o expresar en el artículo 1º de la Ley 28; de suerte que al expresarse: "que hubiere adquirido o adquiriera", antecedido esto de "por cualquier causa", el "hubiere adquirido" se refería a los bienes que el cónyuge hubiere heredado, comprado, etc., antes de la expedición de la nueva ley; y el "o adquiriera", a los bienes que heredara, comprara etc., aunque heredando adquiriría directa y propiamente para sí, y comprando, igualmente adquiriría, aunque la adquisición fuera para la sociedad conyugal.

Entendiendo de otra manera el artículo de que se trata, en la parte que comentamos, carecería de sentido y objeto la expresión "hubiere adquirido".

Ahora bien, entendiendo así la norma en cuestión, al tratarse de matrimonios anteriores a la ley, hemos considerado que cualquiera de los cónyuges puede disponer libremente de un bien comprado por él antes de la ley o después, porque en ambos casos la adquisición la realizaba él, aunque en ambos casos igualmente para la sociedad, con la sola diferencia de que antes del 1º de enero de 1933, era el marido el único que podía disponer; y después de esa fecha, el marido puede disponer de los bienes que él compra, herede etc., y la mujer puede disponer de lo que ella herede, compra etc.

De esta opinión han participado distinguidos juristas como los doctores Lázaro Tobón, Juan Samper Sordo y otros.

Para mayores explicaciones sobre este punto de vista véase adelante el comentario al artículo 7º.

Con todo, la Corte Suprema de Justicia, en el citado fallo de 20 de octubre de 1937, estimó y declaró que ya se trate de matrimonios anteriores o posteriores a la ley, cada cónyuge puede disponer libremente de los bienes que adquiriera a título oneroso o gratuito (y ésto es indis-cutable); pero que tratándose de matrimonios anteriores y respecto de bienes adquiridos a título oneroso también con anterioridad a la ley, no puede disponer de ellos el cónyuge que hubiera realizado la adquisición, sino conjuntamente los dos cónyuges, si no ha intervenido la liquidación prevista en el artículo 7º.

Nos remitimos a las razones expuestas por la Corte en el fallo mencionado, para que el lector aprecie el mérito o fuerza de ellas. De nuestra parte no entramos ahora en polémica sobre esa cuestión, por dos razones: porque no queremos que se abra nuevamente el debate sobre cuestión ya decidida, ya que se ha ido despejando el ambiente de natural confusión que trajo el brusco y radical cambio del régimen; y porque, en fin de cuentas, la interpretación dada por la Corte al artículo 1º de la Ley 28 y la doctrina sentada por ella, es francamente favorable para los miles de mujeres casadas antes de 1933, porque después de la expedición de la ley los maridos no han podido disponer arbitrariamente de los bienes que habían comprado en época anterior; y como la mayor parte de las adquisiciones, particularmenté las más valiosas, las habían hecho los hombres, no está mal que para enajenar los bienes o gravarlos se les exija la firma de la mujer, pues de todas maneras eran de la sociedad conyugal en la cual radica el interés de ella y de los hijos.

La doctrina hubiera tenido una consecuencia muy grave si la Corte estimara que el artículo 7° de la ley era simplemente facultativo y no daba acción para solicitar que se liquidara la sociedad respecto de los bienes habidos antes de la Ley 28. Si tal acción fuera inadmisibile, los maridos habrían quedado colocados en una situación gravísima, en el evento de que por capricho de la mujer, el marido no pudiera hacer una enajenación o constituir un gravamen, porque no podría obligarla ni a que diera su asentimiento ni a que conviviera en la liquidación social.

En principio, tampoco considerábamos nosotros que el artículo 7° pudiera dar margen a una acción judicial, pero en presencia de la situación creada por la interpretación que la Corte le dio al artículo 1°, afortunadamente entendió el artículo 7° en sentido contrario al parecer que teníamos, y en esa forma se vino a contrarrestar o neutralizar la gravedad de la situación anotada en el aparte precedenté.

CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Se ha preguntado si la Ley 28 abolió la institución de las capitulaciones matrimoniales, de que tratan los artículos 1771 y siguientes del C. C. Entendemos que no, porque así como bajo el imperio de régimen legal anterior era posible establecer uno contractual diferente, esa liber-

tad jurídica no se ha abrogado con la nueva ley.

LIQUIDACION FINAL

Dispone el artículo 1° de la ley que a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que deba liquidarse la sociedad (casos señalados en el artículo 1820 del Código Civil), "se procederá a su liquidación".

Por el aspecto sustantivo deben tenerse presente para tal efecto las disposiciones de la citada obra, que han regulado siempre la liquidación de la sociedad conyugal, o sea, los artículos 1820 y siguientes, con las variantes impuestas por el nuevo régimen, y que hemos indicado en los comentarios precedentes y en particular al referirnos a dichos artículos en el "Cuadro de las principales disposiciones derogadas o modificadas por la Ley 28 de 1932" que insertamos a continuación.

Por el aspecto adjetivo o de forma, siguen rigiendo los artículos 1821 y 1832 ibidem que ordenan aplicar las reglas de los inventarios y de la partición en las liquidaciones herenciales (artículos 935 y siguientes, 953 y siguientes del Código Judicial).

Para mayores detalles sobre el particular, véase más adelante el comentario al artículo 8°.

LUIS F. LATORRE

(Del libro titulado "El Estatuto de la Mujer Casada").

(Continuará).

SALA DE CASACION EN LO CIVIL



OBJECIONES A UNA PARTICION — IGUALDAD DE LOTES

1. La igualdad de los lotes de que habla la ley, ha de referirse al valor y no a la superficie, porque a mayor valor de lote menor será su superficie, y a mayor superficie menor valor. — 2. Ha dicho la Corte invariablemente que en casación no se pueden formular objeciones distintas de las hechas al primitivo trabajo de partición.

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

(Magistrado ponente: doctor José Miguel Arango).

Antecedentes

Martiniano Paredes y Eduvigis Vásquez objetaron la cuenta de partición presentada por el ingeniero Marco T. Páez, en el juicio sobre partición material de una casa con su correspondiente solar, situada en la ciudad de Popayán.

Tramitóse la articulación con las formalidades legales, y el Juez Primero Civil del Circuito de Popayán, en sentencia de 23 de diciembre de 1938 las declaró probadas, y ordenó se devolviera el expediente al partidor para que se rehiciere su trabajo de acuerdo con las observaciones hechas por el Juez, en el auto precitado.

Conviene transcribir las objeciones para saber cómo fueron formuladas y para

estudjar si ellas tienen cabida en el presente recurso de casación:

“1—En la partición no se tuvo en cuenta la equivalencia o semejanza de los lotes, pues no se consideraron los precios, superficies, construcción, edificaciones, luz, ventilación, servicio de aguas lluvias, etc., de cada uno de ellos.

“2—El lote de gastos no se hizo por el valor total de la liquidación de fecha once de marzo de este año practicada por el señor secretario y aprobada por el Juez, sino que se hizo por la mitad de su valor.

“3—Error en la medida superficiaria total del inmueble y por consiguiente en los lotes formados, ya que tal superficie no es de 1787,55 metros sino que tiene un área total de 1688 metros.

“4—Que el partidor no tuvo en cuenta las mejoras hechas por la señorita Eduvigis Vásquez en el lote que usufructúa, y

“5—Que los lotes no tienen la misma extensión superficial al dividir el inmueble en tres partes”.

El Juez en su auto, en relación con la primera y última objeción, le anotó al partidor que debía fundamentar o dar las razones por las cuales los lotes formados tienen diferentes áreas, pues no es posible que tengan una misma como lo pide un objetante, porque la situación, estado, construcción y demás circunstancias influyen en el mayor o menor valor de cada uno de ellos.

En cuanto a la segunda objeción, el partidor debe formar el lote de gastos equivalente al valor total de la liquida-

ción verificada en el juicio. Respecto a la tercera objeción el partidor dará el área total del inmueble para comprobar por la suma de las áreas parciales de los lotes formados y ver si existe un error en la mensura. Y finalmente respecto del punto cuarto, o sea el de las mejoras, el Juez observó que el partidor no podía tenerlas en cuenta porque en el expediente no aparece que se hubieran determinado hasta la presente fecha.

El Juez en auto de 24 de julio de 1939, declaró que la nueva partición efectuada por el señor Páez, se ajustaba a las observaciones formuladas en el auto de 23 de septiembre de 1938, y por ello le impartió su aprobación, pero el Tribunal de Popayán, en 23 de enero de 1940, revocó el auto del Juez y declaró fundada la objeción cuarta formulada por la señorita Eduvigis Vásquez, e improcedentes las demás y ordenó se prorratearan los gastos del juicio entre los comuneros en proporción a sus derechos, devolviéndose al partidor el expediente para que rehiciere la partición de acuerdo con este proveído del Tribunal.

La objeción cuarta formulada por la señorita Eduvigis Vásquez consiste en que no debe destinarse un lote para pagar los gastos del juicio, porque ellos fueron consignados por las partes.

Rehecha por tercera vez la partición, el Juez la aprobó, en sentencia de 11 de abril de 1940, y el Tribunal Superior de Popayán la confirmó en decisión de 7 de junio del mismo año, haciendo constar que el partidor había dado estricto cumplimiento a su fallo de 26 de enero de 1940, puesto que el señor Martiniano Paredes, uno de los condueños del inmueble materia de este juicio, consignó la parte proporcional que le correspondía en los gastos, formando, en consecuencia, el partidor, sólo tres lotes.

Contra este último proveído interpuso recurso de casación el apoderado de la señorita Eduvigis Vásquez, recurso que le concedió y que hoy se pasa a decidir, por estar agotada la tramitación del caso.

Recurso

En casación alega el recurrente la primera causal consignada en el artículo 520 del Código Judicial, y acusa la sentencia por indebida aplicación de la ley sustantiva consistente "en el inciso primero del artículo 1394 del Código Civil, numeral séptimo del mismo artículo, inciso primero y numeral tercero del artículo 1395 y 2328 del mismo código.

Las razones en que el recurrente sustenta sus acusaciones, se transcribirán literalmente porque la redacción de ellas no da base para hacer una síntesis exacta.

Primer motivo—"El partidor liquidará lo que a cada uno de los consignatarios se deba, y procederá a la distribución de los efectos hereditarios, teniendo presentes las reglas que siguen: "Tomando en consideración la primera parte de este inciso que he subrayado, tenemos que el partidor no liquidó lo que a cada uno de los comuneros debe en ley y en justicia, porque en el cálculo de la superficie de cada uno de los tres lotes en que dividió la casa, no tuvo en cuenta la cuota de dominio que nos corresponde como condueños de la misma casa. Ahora bien, si es legal y equitativo el cálculo del valor en la forma expresada, \$ 2,500 por lote (letras y números) no puede ser legal y equitativo el cálculo de la superficie de los lotes primero, segundo y tercero en la forma distinta y contraria como aparecen en el mismo trabajo de partición.

Aunque el ataque está formulado de una manera confusa e imprecisa, parece que la recurrente se queja no de que los lotes tengan un valor igual, sino una superficie distinta. Esta objeción había sido considerada en las instancias, y allí se resolvió que el partidor diera las razones por las cuales los lotes tenían diferentes áreas, porque la situación, estado, construcción y demás circunstancias influían indudablemente sobre el mayor valor de cada uno de ellos. Cumplió el partidor su cometido, y en la partición corregida hizo notar que el lote número 1° tenía una superficie de 265,32 metros con

un valor de \$ 2,500, tercera parte del valor total del inmueble, con dos frentes, uno a la carrera octava, de 21 metros de longitud, y otros a la calle octava de 13,40 metros, con un valor por metro superior al de los otros dos, debido a su mejor situación respecto a las vías públicas y a su buen estado de construcción.

Es lógico y natural que el lote número 1º que está mejor situado dentro del perímetro urbano tenga un precio, por metro, superior al de los otros dos lotes y por consecuencia su superficie tiene que ser menor. La igualdad de que habla la ley, en estos casos, ha de referirse al valor y no a la superficie, porque a mayor valor de lote, menor será su superficie y a mayor superficie menor valor. Esto en cuanto se refiere a las parcelas del lote total que se pretende dividir. Lo justo es que si a la señora Eduvigis Vásquez le correspondió el lote mejor situado, su superficie tenía que ser necesariamente inferior a la superficie de los lotes restantes, que no estaban colocados, topográficamente hablando, en condiciones tan ventajosas como el lote número 1º, de manera que no podía adjudicar a la señorita Eduvigis Vásquez el lote mejor situado con un precio igual y con una superficie igual a la de los lotes del comunero Paredes. Adviértese que el partidario fijó el precio a los lotes por metro, y este avalúo no fue materia de objeciones tendientes a demostrar que se había incurrido en error grave u otro vicio que lo invalidara.

Segundo motivo—“En el trabajo divisorio tampoco cumplió el Dr. Paz en la distribución de los lotes con lo que dispone imperativamente la parte restante del inciso primero del artículo 1394 que dice: ‘Y procederá la distribución de los efectos hereditarios, teniendo presentes las reglas que siguen’ ni con el numeral séptimo del mismo artículo que literalmente dice: ‘En la partición de una herencia o de lo que de ella restare después de las adjudicaciones de especies mencionadas en los números anteriores, se ha de guardar la posible igualdad, adjudicando a cada uno de los consignatarios cosas de

la misma naturaleza y calidad que a los otros’. Ante el texto claro de la disposición sustantiva transcrita son suficientes las observaciones que siguen:

1. El lote número 1º que me ha sido adjudicado como hijuela no es de la misma naturaleza y calidad que los lotes 2º y 3º adjudicados a don Martiniano Paredes, pues tienen entre sí diversas y distintas superficies.

Esta objeción ya se ha contestado. Estando mejor situado el lote número 1º que los lotes números 2º y 3º su valor es mayor y por consiguiente su superficie inferior a la de cada uno de los anteriores.

2. El lote adjudicado a mí no puede ser una cosa de la misma naturaleza y calidad que la hijuela adjudicada al comunero señor Paredes. Se observa: esta objeción es la misma del anterior redactada en otros términos y parece que en ella la recurrente vuelve a insistir en que la superficie de su lote es inferior a la superficie de cada uno de los otros dos lotes. Ya se ha dicho por qué el lote de la señorita Vásquez tiene una superficie inferior a la superficie de cualquiera de los otros dos lotes.

3. No puede ser la hijuela asignada a mí a la que se le ha deducido de su verdadera superficie suponiendo exacta las superficies dadas por el partidario 316,26 metros que la asignada al otro comunero a la que se le ha agregado su verdadera superficie 330,53 metros que son los que le faltan a mi hijuela para completar los 595,85 ya que la de M. Paredes tiene 1191,70 metros.

Esta objeción es idéntica a las anteriores. Desea la señorita Eduvigis Vásquez que su lote tenga una superficie igual a la de los otros lotes, sabiendo, o debiendo saber, que su lote, por estar mejor colocado que los otros, tiene mayor valor, por metro, que los restantes.

En la cuarta objeción vuelve la recurrente a insistir sobre la diferencia de área y concluye que no teniendo los lotes la misma superficie no son de la misma naturaleza y por ello se han quebrantado las disposiciones que ha citado. El últi-

mo reparo consiste en que como el bien raíz materia de la división, ha producido frutos civiles, ha debido tenerlos en cuenta el partidor de acuerdo con lo preceptuado por el inciso primero y numeral tercero del artículo 1395 del Código Civil y 2328 de la misma obra.

Esta objeción no puede estudiarse en casación, ella no fue formulada en las instancias del juicio y por consiguiente en el presente recurso ha de considerarse como un medio nuevo. Ya lo ha dicho la Corte, invariablemente, que en casación no se pueden formular objeciones distintas de las hechas al primitivo trabajo de partición.

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,

F a l l a :

No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Popayán de fecha siete de julio de mil novecientos cuarenta.

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.
Secretario.

REIVINDICACION — CONFESION

1. La prueba de confesión es inadecuada para comprobar el dominio de los bienes raíces. — 2. La licencia judicial para hipotecar una casa no es título, ni constitutivo, ni traslativo de dominio. Esa licencia sólo prueba que los cónyuges que la solicitaron creyeron que esa finca raíz pertenecía exclusivamente a la mujer, en el caso de autos, y era de aquellos que el marido estaba obligado a restituir en especie; si el Juez incidió en el mismo error de los cónyuges peticionarios, él no crea título traslativo de dominio sobre la casa hipotecada. De suerte que el sentenciador no tenía por qué apreciar esa licencia como título de propiedad, pues no lo es, para decidir si ella pertenecía al marido o a la mujer o a ambos o a la sociedad conyugal.

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

(Magistrado ponente: doctor José Miguel Arango).

Antecedentes

El apoderado judicial de la señora Elisa Salazar de Salazar, demandó al Banco Hipotecario de Bogotá, sociedad anónima domiciliada en esta ciudad, para que se hicieran por sentencia definitiva, las siguientes declaraciones:

“1—Que pertenece en pleno dominio y propiedad a la señora Elisa Salazar de Salazar, una casa de dos pisos, de construcción moderna, de adobe y teja, con el terreno en que está edificada, situada

en la ciudad de Ibagué, capital del departamento del Tolima, calle del comercio de esa ciudad, hoy carrera tercera marcada antes con los números 226, 228, 230, 232 y 234 y hoy según la nueva nomenclatura de la ciudad, la cual casa está deslindada así: Por el occidente con casa y solar de la señora Casimira Olarte de Rocha; por el norte, calle de por medio, con solar de la señora Dolores Galindo de Devia, con solar de la Compañía Ganadera y con casa y solar de Rafael Martínez D.; por el oriente, con casa y solar de la señora Lozana Salazar de la Pava; y por el sur, con casa y solares que son o fueron de los señores Juan de Dios Avellano y Gilberto Parra.

“2—Que se condene al demandado a restituir a mi poderdante la finca de que se trata con sus frutos naturales y civiles dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

“3—Que el demandado está en la obligación de purificar la propiedad demandada de todo gravamen que pueda afectarla hasta la entrega a mi poderdante.

“4—Que se condene al demandado a pagar las costas del juicio”.

Los hechos fundamentales en que se apoyó la demanda pueden resumirse así:

a) La señora Salazar de Salazar no concurrió al otorgamiento de la escritura número 499 de 25 de mayo de 1927, de la Notaría de Girardot, por la cual el señor Belisario Salazar, cónyuge de la demandante gravó con hipoteca la mencionada casa a favor del Banco Hipotecario de Bogotá para garantizar la deuda que con esta entidad había contraído. b) La demandante tampoco intervino en el juicio sobre venta de la casa hipotecada que siguió el Banco contra el señor Salazar ante el Juez Segundo del Circuito de Iba-

gué. c) El Banco Hipotecario de Bogotá sabía que la finca era de la demandante y que no era eficaz contra ella la hipoteca constituida, por su cónyuge el señor Belisario Salazar, por medio de la escritura 499 ya citada. d) Desde la vigencia de la ley 28 que quitó al marido la representación de su mujer, fue de rigor que no se prescindiera de ésta en las acciones en que pudiera tener algún interés, y el juicio se siguió sin su participación. e) El señor Salazar no tenía facultad para vender la finca, materia de la demanda, tampoco la tenía para hipotecarla y por consiguiente la hipoteca perseguida con la escritura número 499 no transfiere la propiedad al rematador.

Sentencia

El Juez 7º Civil del Circuito de Bogotá, en providencia de 22 de septiembre de 1938, negó las peticiones contenidas en la demanda, ordenó la cancelación de la inscripción de la misma, y absolvió en costas al actor.

El apoderado de la señora Salazar de Salazar apeló de este fallo, y el Tribunal Superior de Bogotá decidió el recurso en proveído de 13 de abril de 1940, reformando la sentencia del Juez; absolvió al Banco demandado de los cargos formulados en la demanda, ordenó la cancelación de la inscripción de ésta, y condenó a la actora, en las costas de la segunda instancia.

Recurso

La parte agraviada interpuso recurso de casación, que se le concedió, y que fundó en la primera causal de las señaladas en el artículo 520 del Código Judicial, por ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea.

Los fundamentos de estas acusaciones, se estudiarán después de que se haga relación de ciertos antecedentes necesarios para esclarecer el problema jurídico, sometido hoy a la decisión de la Corte.

Ellos son:

En 6 de agosto de 1904 contrajeron matrimonio eclesástico en San José de Amaime, don Belisario Salazar con doña Elisa del mismo apellido; don Simón Salazar, padre de la demandante, por escritura pública número 320, de 14 de octubre de 1918, hizo constar que vendía a la demandante Elisa Salazar de Salazar y a otros, varios bienes raíces, entre los cuales se encuentra la finca cuyo dominio se reclama; que la venta la hacía por la suma de treinta mil pesos oro (\$ 30,000), que los compradores le habían pagado en dinero a su satisfacción; con la expresada condición de que los compradores constituyeran una sociedad, por veinte años, en que el aporte de cada uno de los socios fuera la séptima parte de aquellas propiedades, sociedad de la cual sería el vendedor, gerente durante el término de su vida; que la compra la hacen con dinero perteneciente a los siete hijos del vendedor, Elisa, Rosana, Graselda, Alicia, Simón, Luis Enrique y Pablo Emilio Salazar y llevado al matrimonio (subraya la Corte) por las cuatro primeras la parte que les corresponde; en cumplimiento de esta cláusula, se otorgó la escritura número 321 de 1918, por la cual se constituyó una sociedad civil colectiva, que giró bajo la razón social de "Hijos de Simón Salazar y Compañía" y a ella se aportaron los bienes raíces de que trata la escritura 320 atrás relacionada; esa sociedad se disolvió, por la escritura número 451 de 11 de julio de 1920, y en su liquidación se le adjudicó a la señora Elisa Salazar de Salazar, la casa situada en Ibagué, materia del presente juicio.

Dos razonamientos básicos sirvieron al Tribunal para fundamentar su decisión: Que por el matrimonio celebrado en San José de Amaime entre Belisario Salazar y doña Elisa del mismo apellido se constituyó una sociedad de bienes entre los cónyuges, tomando el marido la administración de los bienes de la mujer, que de acuerdo con los incisos 3º y 5º del artículo 1781 del Código Civil, forman parte del haber de la sociedad conyugal tanto el

dinero aportado al matrimonio por cualquiera de los cónyuges, como los bienes que cualquiera de ellos adquiriera durante el mismo, a título oneroso, de lo cual concluye que el bien materia del litigio fue adquirido por la sociedad conyugal formada por la demandante y el señor Belisario Salazar, y no personalmente por la actora; y que en el momento en que se constituyó la hipoteca por el señor Belisario Salazar a favor del Banco Hipotecario de Bogotá, regían los artículos 1805 y 1806 del Código Civil, según los cuales el marido, en ese momento, era jefe de la sociedad conyugal y como tal administraba libremente los bienes sociales, y respecto de terceros era dueño de ellos, como si formasen con los suyos un solo patrimonio, y que por consiguiente don Belisario Salazar, como jefe de la sociedad conyugal que había formado con su mujer Elisa Salazar, pudo legalmente constituir la hipoteca a que se refiere la escritura número 499 varias veces citada.

Estudio de los motivos de casación

Primer motivo—Considera el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho, al sostener que la hipoteca constituida en la escritura pública número 499, otorgada en Girardot, el 25 de mayo de 1927, por Belisario Salazar al Banco Hipotecario de Bogotá, había recaído sobre un bien adquirido a título oneroso por la señora Elisa Salazar, esposa de aquél, y para sustentar esta acusación, dice que basta leer las cláusulas séptima y octava de esa escritura para comprender que Belisario Salazar no se refirió a bien ninguno que su mujer hubiera comprado durante el matrimonio, sino a propiedad que él personalmente había adquirido por compra a don Simón Salazar, y por adjudicación hecha en la liquidación de la sociedad civil colectiva de “Hijos de Simón Salazar y Compañía”.

Se repara: en ninguna parte del fallo, materia de este recurso de casación, el Tribunal Superior de Bogotá sostuvo que la hipoteca constituida por el señor Sala-

zar a favor del Banco Hipotecario de Bogotá, había recaído sobre un bien adquirido a título oneroso por la señora doña Elisa, mujer de aquél. Lo que el Tribunal perentoriamente aseveró, fue que el bien materia de este litigio, se adquirió por la sociedad conyugal formada por la demandante y el señor Belisario Salazar, y no personalmente por la actora (párrafo 2º, página 17 de la sentencia del Tribunal). Así las cosas, no puede decirse que éste hubiera incurrido en error de hecho, como lo anota el recurrente, porque la apreciación del fallador es bien distinta de la que aquél le atribuye.

Cierto es que el señor Salazar al hipotecar la casa, materia de este litigio, afirmó que él había adquirido personalmente ese inmueble por compra a don Simón Salazar, y por adjudicación que se le hizo en la liquidación de la sociedad civil colectiva de “Hijos de Simón Salazar y Compañía”, pero esta afirmación del señor Salazar no es título de dominio, ni ha podido transferirle a él la propiedad de la casa en disputa. Evidente es que cuando se otorgó la escritura 320 de 1918, por la cual don Simón Salazar vendió a su hija doña Elisa Salazar, la casa que hoy reclama, ese inmueble entró a formar parte del haber social de la sociedad conyugal Salazar y Salazar, de acuerdo con los preceptos de los numerales 3º y 5º del artículo 1781 del Código Civil y también es evidente que en el momento de la hipoteca, don Belisario Salazar era jefe de la sociedad conyugal con libre administración de los bienes de ésta y como dueño de ellos, en relación con terceros, podía hipotecar un bien de la sociedad conyugal, que fue lo que sucedió en el presente negocio.

Si el Tribunal afirmó que la casa fue adquirida para la sociedad conyugal y no por la señora Salazar personalmente, no puede tachársele de haber incurrido en error de hecho, como lo afirma el recurrente.

Este rearguye diciendo que si la hipoteca no puede constituirse sino sobre los bienes propios, el Tribunal ha debido re-

solventar si los títulos citados por Belisario Salazar le daban o no el dominio sobre el bien hipotecado, y que como no lo hizo, violó los artículos 740, 741, 1494, 1857 y 2439 del Código Civil.

Se ha visto que el Tribunal fundó su fallo, única y exclusivamente, en los numerales 3º y 5º del artículo 1781 y en los artículos 1805 y 1806 del Código Civil, lo que vale decir que sí apreció los títulos traídos al proceso, y en vista de ellos decidió que la casa pertenecía en propiedad a la sociedad conyugal Salazar y Salazar, y no de don Belisario, y que siendo bien propio de la sociedad, podía el marido, legalmente, hipotecarla, porque ella, respecto de terceros, era bien propio de aquél. Habriase quebrantado por el Tribunal las disposiciones citadas por el recurrente, si se hubiera decidido que la casa pertenecía a don Belisario como bien propio, fundándose en las declaraciones que sobre dominio de ese inmueble hizo en la escritura de hipoteca, declaraciones que como ya se ha visto, no constituyen título de propiedad a favor del señor Salazar.

Segundo motivo—Acúsase el fallo por violación del artículo 1781 del Código Civil por haber dejado de apreciar el Tribunal la prueba consistente en la demanda presentada por los cónyuges don Belisario y doña Elisa Salazar, en la cual solicitaron licencia para hipotecar la misma casa objeto de la disputa en lugar de haber dado aplicación al artículo 1810 del mismo código.

Un grave reparo tiene que hacer la Corte a este capítulo de acusación. La licencia solicitada por los cónyuges para hipotecar la casa de que se trata, no es título, ni constitutivo, ni traslativo de dominio. Esa licencia sólo prueba que los cónyuges la solicitaron creyendo que ese bien raíz pertenecía exclusivamente a la mujer, y era de aquellos que el marido estaba obligado a restituir en especie, y si el Juez incidió en el mismo error en que incurrieron los peticionarios, ese error no crea título traslativo de dominio en la casa hipotecada. De suerte que el sen-

tenciador no tenía por qué apreciar esa licencia, como título de propiedad, que no lo es, para decidir si ella pertenecía al marido o a la mujer o a ambos juntos o a la sociedad conyugal.

Dice igualmente el apoderado de la demandante, que el fallador violó la ley sustantiva e incurrió en error de derecho, al dejar de apreciar la escritura número 1036 de 25 de octubre de 1928, por la cual don Belisario y doña Elisa Salazar le hipotecaron al Banco Hipotecario de Bogotá, con licencia judicial, la casa que hoy reclama como de su propiedad la señora Salazar de Salazar.

Este cargo está íntimamente relacionado con el que se acaba de contestar. La escritura de hipoteca tampoco es título de dominio a favor de quienes constituyen ese gravamen y por consiguiente, hubiera hecho mal el Tribunal en apreciarla para decidir a quién pertenecía, en dominio y propiedad, el mentado inmueble.

Lo dicho basta igualmente para rechazar los cargos por violación de los artículos 604, 605 y 606 del Código Judicial, que tratan de la prueba de confesión, inadecuada ésta para comprobar el dominio de bienes raíces.

Para que prosperara el reparo hecho al fallador por violación del artículo 1810 del Código Civil, le era indispensable al recurrente probar que la casa, materia de la hipoteca, era un bien raíz perteneciente exclusivamente a la mujer y que el marido estaba obligado a restituir en especie, demostración que no podría dar el apoderado de la demandante, porque ya se ha visto que ese bien raíz fue adquirido a título oneroso durante la sociedad conyugal, primero por compra hecha a don Simón Salazar, y segundo por la adjudicación que de él se hizo a doña Elisa al liquidarse la sociedad "Hijos de Simón Salazar y Compañía".

Tercer motivo—Táchase el fallo del sentenciador por errónea apreciación de las declaraciones de los señores Andrés Guzmán, Victoriano Arias, Gabriel Mejía E. y Daniel Gómez B. "sacándolas de la realidad y de su verdadera intención

para atribuirles la demostración de una simulación de contrato que no ha estado en la mente ni en el propósito de nadie, desde luego que a lo hecho por don Simón Salazar con sus hijos, venta de sus bienes a ellos para organizar con ellos mismos una sociedad civil colectiva no puede dársele el carácter de una simulación”.

Este ataque del recurrente se refiere al pasaje de la sentencia del Tribunal en que conceptuó que con las pruebas aducidas en segunda instancia por la parte demandante, se quería demostrar que fueron simulados los contratos contenidos en las escrituras que se han mencionado, y que dicha simulación consistió en que la causa de esas enajenaciones no fue la compraventa sino una donación que a los adquirentes hizo su padre el señor don Simón Salazar, para deducir que la señora adquirió ese bien a título gratuito y que por consiguiente no entró a formar parte del haber de la sociedad conyugal.

Conviene recordar que estos apartes del Tribunal fueron accesorios, estampados allí únicamente para reforzar su fallo, pero ajenos si se quiere al litigio; porque en la demanda no se solicitó la declaración de simulación de esos contratos, ni ella se debatió en instancias, ni fue fallada en la sentencia de segundo grado, de suerte que esta cuestión es extraña al pleito. Aún en el caso de que el Tribu-

nal hubiera incidido en los errores que le apunta el recurrente en la apreciación de esas declaraciones, él no influiría en nada para cambiar las conclusiones a que llegó el Tribunal, tanto más cuanto el recurrente, ahincadamente, sostiene ante la Corte que los contratos fueron reales y verdaderos y que las partes no tuvieron en ningún momento intenciones de simular una convención distinta a la de venta.

En vista de las consideraciones anteriores la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F a l l a :

1—No se infirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá de fecha trece de abril de mil novecientos cuarenta.

2—Se condena al recurrente en las costas del recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Isaias Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Secretario.



ACCION DE DOMINIO Y OTRAS — POSESION PARA LA REIVINDICACION. —
HIJUELAS

1. En la pluralidad de bienes de una comunidad universal bien puede suceder que con uno o más bienes separados se cubra su haber a cada uno de los comuneros, caso en el cual no se producen comunidades singulares al liquidarse aquélla. — 2. La posesión de que habla el artículo 762 del C. C. obliga en los juicios reivindicatorios a estudiar ante todo las pruebas con que el actor se presente a justificar que es el dueño; así lo impone también el artículo 946, en relación con el 950, que al definir y conferir la acción reivindicatoria o de dominio no la atribuyen o reconocen sino al dueño, al que tiene la propiedad de la cosa singular de que habla aquella disposición o de la cuota determinada de que habla el artículo 949. — 3. La hijuela declara y puntualiza en el adjudicatario el dominio del causante; de suerte que si éste no lo tenía, no puede entenderse conferido al adjudicatario por el simple hecho de haber obtenido o haberse formado a sí mismo tal adjudicación.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinstrosa Daza).

Va a decidirse el recurso de casación interpuesto por María Antonia Suárez o Rodríguez contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que decidió en segunda instancia el juicio ordinario in-

coado por ella contra Isabel Sosa y María del Carmen y Teresa Suárez Sosa, cuya primera instancia cursó en el Juzgado 2º Civil de este Circuito.

Antecedentes

El 18 de marzo de 1917 se bautizó con el nombre de María Antonia, como hija legítima de Roque Suárez y Rosa Rodríguez, a una niña nacida el 1º del anterior noviembre.

El 23 de diciembre de 1917 dichos Suárez y Rodríguez contrajeron matrimonio, sin que el acta de éste figure alusión alguna a dicha niña. No aparece que Suárez la reconociera como su hija natural.

El mismo Suárez se casó con Isabel Sosa el 31 de mayo de 1930.

Rosa Rodríguez murió el 4 de mayo de 1933 y Suárez el 4 de mayo de 1935.

La causa mortuoria de Suárez se siguió en el Juzgado 5º de este Circuito y en ella figuraron como sus herederas en calidad de hijas legítimas María del Carmen y Teresa Suárez, nacidas en su matrimonio con Isabel Sosa, y figuró ésta como su cónyuge sobreviviente, y sobre este pie se liquidó esta sociedad conyugal y se formó la correspondiente hijuela a cada una de las tres. En la de Isabel figura la finca El Porvenir. Cuando, dictada allí sentencia aprobatoria de la partición, se presentó a reclamar contra ésta María Antonia Suárez, no fue admitida por no haber sido parte ni ser coadyuvante. Esa causa quedó protocolada en la Notaría 1ª de este Circuito con el número 1493, el 5 de junio de 1937.

En septiembre del mismo año se presentó la demanda inicial de este juicio, la que formula María Antonia así: con

declaratoria de heredero de dichos Roque y Rosa obtenida en el Juzgado 4º de este Circuito, como su hija legítima, en nombre de estas sucesiones y para ellas, en tal calidad, pide se declare nulo el matrimonio de Suárez con Isabel y nulo e ineficaz el dicho juicio mortuorio de Roque y que se condene a Isabel y a sus prenombradas hijas a restituír con sus frutos los bienes adjudicados allí a las tres y a entregar, además, todo lo que quedó a la muerte de Suárez y no figuró en los inventarios.

Isabel Sosa en nombre propio la contrademandó solicitando en primer lugar la declaración de nulidad de esta declaratoria de heredero de María Antonia respecto de Roque y Rosa como su hija legítima y, en segundo lugar, que se la condene a restituírle El Porvenir con sus edificaciones y frutos por ser Isabel dueña de este bien en fuerza de su citada adjudicación en la mortuoria de Roque.

Sentencias de instancia

El Juzgado acogió la excepción de carencia de personería en la demandante por la falta de la calidad de hija legítima de Suárez y la Rodríguez y, además, observó que el matrimonio de Suárez con la Sosa estaba ya anulado por la autoridad eclesiástica, y en tal virtud absolvió a las demandadas de los cargos de la demanda. Negó también la petición primera de la contrademanda, y acogió la relativa a El Porvenir, de suerte que reconociendo el dominio afirmado por Isabel, condenó a María Antonia a restituírle esa finca. También la condenó en costas.

Apelado el fallo por ésta, el Tribunal decidió sosteniendo las negativas del Juzgado a las peticiones de la demanda y a la primera solicitud de la contrademanda y reduciendo el reconocimiento de dominio y orden de restitución en favor de Isabel a las tres cuartas partes de aquel inmueble, sin costas en ninguna de las instancias.

En lo tocante a aquellas negativas, acoge y refuerza las aludidas razones del

Juzgado. En cuanto a El Porvenir, halla el Tribunal una comunidad entre María Antonia e Isabel mediante consideraciones que se resumen así: comprada esta finca por Suárez en escritura número 133 ante el Notario 5º de este Circuito el 31 de enero de 1928, la adquisición fue para la sociedad conyugal existente entonces entre él y Rosa Rodríguez; disuelta la sociedad por la muerte de Rosa, quedó ese bien perteneciendo en común al socio sobreviviente y a los herederos del socio difunto; como éstos fueron el marido y la hija natural de aquella señora, por igual, se tiene que a él por esta herencia y por sus gananciales le correspondieron tres cuartas partes y a la hija la cuarta restante. De ahí el reconocimiento de dominio y orden de entrega en favor de Isabel por las tres cuartas partes pro indiviso de ese inmueble y la consiguiente limitación a esta parte respecto del total comprendido en la hijuela.

El recurso

Varios cargos formula el recurrente en su demanda de casación. Prosperando entre ellos el de violación de los artículos 946 y 950 del C. C. por indebidamente aplicados, según las razones que se exponen en seguida, no hay lugar a estudiar los cargos restantes, por el precepto del artículo 538 del C. J.

No cabe hacer, en la forma sólida y firme en que el Tribunal la hace, la liquidación imaginaria de donde deduce aquella comunidad y las cuotas precisas de los dos comuneros; porque faltan las bases necesarias, siendo así que no se está en la causa mortuoria de Rosa Rodríguez ni aparece que esta causa se siguiera ni, mucho menos, en qué forma y con cuáles resultados. A haberse seguido, con motivo de ella se habría liquidado la sociedad conyugal disuelta con su muerte. Así se sabría si esta sociedad tenía o no pasivo y si en su activo figuraban otros bienes. Es claro que sin pasivo y sin más bienes que El Porvenir, ni más herederos de Rosa que los prenombrados, efec-

tivamente sucederían las cosas como las plantea y supone el Tribunal. Pero se desconocen todos los aludidos datos, indispensables para llegar a aquella conclusión con certeza y, sobre todo, con la solidez requerida en un juicio como el presente que, a más de ser reivindicatorio, se sigue entre partes cuyas respectivas pretensiones tienen una misma fuente.

Hasta sobra decir que, brillando por su ausencia la liquidación de la sociedad conyugal Suárez-Rodríguez, mal puede precisarse la repercusión que sobre la mortuoria de Suárez habría tenido saber si allí no se le había adjudicado El Porvenir o sólo le había correspondido en parte.

Estos conceptos se aclaran aún más al considerar que en la pluralidad de bienes, de una comunidad universal bien puede suceder que con uno o más bienes separados se cubra su haber a cada uno de los comuneros, caso en el cual no se producen comunidades singulares al liquidarse aquélla.

María Antonia no tiene vinculación legal con Roque Suárez en fuerza de lo antedicho sobre que éste no la reconoció como su hija natural ni el matrimonio de él con Rosa produjo legitimación, ya que, además, el acta nada dijo sobre aquélla. Pero, siendo hija de Rosa concebida por ésta siendo soltera, debe tenerse por su hija natural (ley 95 de 1890, artículo 7°). No aparece en este expediente, ni se ha insinuado siquiera por las partes, que Rosa dejara herederos de mejor derecho, como por ejemplo lo serían hijos legítimos nacidos en su matrimonio con Roque o en otro anterior; por tanto, es de partirse aquí de la base de que María Antonia fue heredera de ella. Así las cosas, sin necesidad de ser ésta hija legítima del referido matrimonio, posterior a su nacimiento como ya se vio, se encuentra el hecho de que por heredera del cónyuge difunto se entendiera investida de los derechos consiguientes a esta calidad, entre los cuales se halla lo relativo a los bienes trasmisibles y, por ende, el derecho de Rosa en esa sociedad a la cual pertenecía El Porvenir, en cuya posesión en-

tró con anterioridad a la hijuela de Isabel en la mortuoria de Roque.

Ese hecho tiene su significación respecto de la posesión de esta finca, aunque, por otra parte, resulte infundada ante la ley la creencia de María Antonia de ser hija legítima de Roque, fallecido dos años después de Rosa, creencia que la llevó a sostener en este pleito la legalidad de su posesión sobre la totalidad de ese bien.

Ante nuestro Código Civil esa posesión implica lo que reza como definición el artículo 762 en su inciso 1° y la presunción que establece en su inciso 2°. Esta presunción obliga en los juicios reivindicatorios a estudiar ante todo las pruebas con que el actor se presente a justificar que es el dueño; así lo impone también el artículo 946, en relación con el 950 que al definir y conferir la acción reivindicatoria o de dominio no la atribuyen o reconocen sino al dueño, al que tiene la propiedad de la cosa singular de que habla aquella disposición o de la cuota determinada de que habla el artículo 949. Al emprenderse ese estudio aquí, se encuentra que el comprobante del dominio invocado por Isabel Sosa es su citada hijuela en la mortuoria de Roque Suárez. Una adjudicación de esta clase declara y puntualiza en el adjudicatario el dominio del causante; de suerte que si éste no lo tenía, no puede entenderse conferido al adjudicatario por el simple hecho de haber obtenido o haberse formado a sí mismo tal adjudicación. Ya se vio que Suárez no era el dueño por serlo la referida sociedad conyugal aún ilíquida.

Si, pues, al analizar lo que como prueba de su dominio aduce Isabel Sosa, se encuentra que éste no se le puede reconocer y si al propio tiempo se halla que, por lo mismo, no ha destruído la presunción referida en favor de María Antonia como poseedora, es claro que al decretar la reivindicación demandada por aquélla contra ésta, el Tribunal desoyó las citadas disposiciones legales. Ambas miran como origen del derecho que creen tener a la compra citada de 1928 y si de un la-

do se aduce la adjudicación en la mortuoria del comprador, del otro se aduce la posesión por persona a quien no perjudica la actuación de esa causa ni, por ende, la sentencia aprobatoria de la participación verificada en la misma, por no haber sido parte.

Claro es que, concretando estas reflexiones y el presente fallo, como deben concretarse, a lo que es materia del litigio, nada se prejuzga o adelanta sobre lo que ocurra al liquidarse la sociedad conyugal disuelta con la muerte de Rosa Rodríguez, ni sobre los derechos de María Antonia Suárez en esa sociedad y su liquidación o en la sucesión de Rosa; ni se expresa concepto alguno sobre lo que por ello ocurra respecto de El Porvenir, ni la relación que haya entre esas liquidaciones y lo sucedido en la citada causa mortuoria de Roque Suárez.

El referido quebranto de disposiciones legales sustantivas conduce a infirmar la sentencia materia del recurso; pero sólo parcialmente, porque varias de las ordenaciones de ella han de mantenerse en pie, como el Tribunal mantuvo varias de las del Juzgado, por lo cual lo procedente no era revocar la sentencia de éste sino reformarla.

Ello pasa a verse en seguida con consideraciones que complementan la motivación de la sentencia de instancia que ha de reemplazar la recurrida.

Es del todo legal la absolución de las demandadas de todos los cargos de la demanda y la negativa a declarar la nulidad del matrimonio de Roque Suárez con Isabel Sosa, porque efectivamente la demandante carece de personería por no tener la calidad con que se presenta a ejercitar las acciones incoadas, siendo así que, por lo dicho, no es hija de Roque Suárez, no es hija legítima nacida dentro del matrimonio de él con Rosa Rodríguez; y porque la autoridad eclesiástica, que es la competente al efecto, según el artículo 17 de la ley 57 de 1887, pronunció la nulidad del citado matrimonio de Roque con Isabel en sentencia de 18 de junio de 1936 por haberse contraí-

do cuando aún vivía Rosa Rodríguez, esposa legítima de Suárez.

Es también legal la negativa del pedimento de Isabel sobre anulación de la declaratoria de heredero en favor de María Antonia como hija legítima de Roque Suárez y Rosa Rodríguez, por las razones que al respecto aduce el Tribunal y que se cifran en la carencia de perjuicio para Isabel y, por tanto, de interés jurídico, a más de los detalles procedimentales que acertadamente aquél invoca.

De su fallo ha de conservarse la orden de cancelar la inscripción de la demanda en el libro de registro. De paso se observa que la contrademanda no se registró.

Al absolver posiciones Isabel Sosa ante el Juez del conocimiento como prueba pedida en primera instancia, dijo respondiendo la pregunta 2ª: "...El Porvenir lo tengo en mi poder porque él fue comprado en su mayor parte con dinero de mi propiedad que le dí a él (Roque Suárez) cuando nos casámos". El Tribunal encontró esta respuesta reñida con hechos comprobados en el proceso, y viendo la posibilidad de un perjurio, ordenó lo procedente. Se justifica esta determinación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el treinta y uno de mayo de mil novecientos cuarenta, y reformando la del Juzgado 2º Civil de este Circuito de nueve de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, falla el pleito así:

1º No es el caso de hacer las declaraciones y condenaciones pedidas en la demanda principal ni las solicitadas en la reconvencción y, por tanto, se absuelve de unas y otras a las respectivas partes demandadas.

2º En su oportunidad el Juzgado de ori-

gen oficiará al Registrador a fin de que se cancele la inscripción de la demanda inicial y proveerá a la compulsión y envío a la autoridad competente de la copia necesaria para que ésta investigue el perjurio en que puede haber incurrido Isabel Sosa al absolver posiciones el 23 de febrero de 1938.

3º No se hace condenación en costas en

las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestroza Daza — Fulgencio Lequerica Vélez— Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Secretario.

REIVINDICACION — PRUEBA DIABOLICA — INSPECCION OCULAR — BUENA FE.—
"REFORMATIO IN PEJUS"

1. Para el éxito de la acción reivindicatoria basta que el actor aduzca títulos legales que revelen su propiedad en época anterior a la en que se inició la posesión del demandado, porque con esos títulos, que caracterizan jurídicamente su derecho, se destruye la presunción nacida del mero hecho de la posesión del reo no respaldada por ningún título, sin necesidad de demostrar, para los efectos de la sentencia, la cadena completa de sus antecesores en el dominio de la finca reivindicada, como lo tiene establecido la jurisprudencia que ha rechazado la prueba diabólica. — 2. Cuando la inspección ocular se practica con intervención de peritos se producen en realidad dos pruebas diferentes, de mérito distinto; respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez que constituyen la inspección ocular propiamente dicha, el acta de la diligencia en que se relacionan hace plena prueba, y en cuanto a los puntos que fueron materia del examen pericial; la apreciación de su fuerza probatoria y demás circunstancias quedan sometidas a las reglas especiales sobre la prueba de peritos. (Artículo 730, C. J.) — 3. La *bona fides* ha de considerarse como una realidad jurídica actuante y no simplemente como una intención de legalidad y una creencia de legitimidad, en forma que la cuestión predominante cuando se trate de apreciar la buena fe ha de consistir menos en el hecho psicológico de creer que en la razón de la creencia, esto es, en el cómo y por qué se cree. Si es necesaria la conciencia de una adquisición legítima para

que la fe del poseedor sea buena, resulta una relación ó conexidad tan íntima entre el título originario de la posesión y la creencia honesta de la propiedad, que no es posible admitir la buena fe en quien posee sin ningún título. La falta de todo título, especialmente en materia inmobiliaria, es una circunstancia jurídicamente anormal que no permite generalmente presumir la buena fe. La presunción que la ley establece a este respecto en el artículo 769 del C. C. requiere, pues, como base indispensable para poder actuar y producir sus efectos jurídicos, la existencia, en quien pretenda utilizarla, de un título constitutivo o traslativo de dominio, esto es, la prueba de una relación de derecho de las que confieren originaria o derivativamente la propiedad de las cosas, sin la cual es imposible la conciencia de haber adquirido una cosa por los medios que autoriza la ley. Sin esta prueba básica sobre la fuente de la posesión no tiene en qué reposar la presunción legal, y está bien que así sea, porque las ventajas muy apreciables que en materia de frutos concede la ley al poseedor de buena fe no tienen otro fundamento que la honestidad de su creencia, ya que en realidad esas ventajas son recortes que se hacen al derecho del verdadero propietario. — 4. La *reformatio in pejus*, que rebasa los límites jurisdiccionales del superior, no es cualquier enmienda sino solamente la que imponga una agravación de las obligaciones impuestas al vencido cuando este ha sido el único recurrente. El perjuicio es elemento que corresponde por de-

finición a esta figura legal.

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

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

El libelo fechado el 24 de junio de 1938, adjudicado en repartimiento al Juzgado 1º Civil del Circuito de Tunja, Bernardo Alvarez Vargas, en su propio nombre, demandó a Sara Vargas v. de Hernández, Julio, Marco Elías, Misael, Ana Tulia, Sara María, Ana Teresa, Saturaia, Filomena y Alcónida Hernández Vargas para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario de mayor cuantía se declare que en calidad de dueño absoluto le corresponde al actor el pleno derecho de dominio sobre un globo de terreno denominado El Cerrito, ubicado en la vereda de Resguardo, jurisdicción del municipio de Tuta, por los linderos que se expresan; que los demandados, en su calidad de actuales poseedores materiales sin título y de mala fe, deben restituir la expresada finca en el término que el juez señale al efecto, con la obligación solidaria de pagar el valor de los frutos naturales y civiles percibidos y que se perciban desde que ocuparon el terreno hasta que lo restituyan, más las costas de este juicio, si a él se opusieren.

En forma de hechos fundamentales de la acción de dominio expresa el demandante la manera como hasta él ha llegado la propiedad del fundo cuya posesión pretende adquirir con esta acción reivindicatoria. Dice con la cita de los instrumentos escriturarios correspondientes, que en la sucesión de Zoila Alvarez, seguida, liquidada y protocolizada en el circuito de Tunja (escritura número 215 del 14 de mayo de 1898, notaría 1º), le fue adjudicado, entre otros bienes, a Isabel Salamanca, el lote número 4, formado por el potrero de El Cerrito y Vega de Canarias, por linderos que se dicen. Muerta Isa-

bel Salamanca, sus herederos, Concepción Arias, Andrés y Rodolfo Arias, y Pedro Alvarez como cesionario de los otros hijos legítimos de la causante, luégo de pagar los derechos del Lazareto, se dividieron extrajudicialmente los bienes hereditarios y en esta partición se le adjudicó a Andrés y Rodolfo Arias, un potrero en la vereda de Resguardo, municipio de Tuta, por los límites que se expresan (escritura número 432 de 18 de junio de 1913, notaría 1º de Tunja). Por medio de permuta celebrada entre Pedro Alvarez con Andrés y Rodolfo Arias, adquirió el primero el dominio del potrero que les había sido adjudicado a los segundos en la partición extrajudicial de los bienes sucesorales de Isabel Salamanca (escritura número 351 de 31 de julio de 1914, notaría 2º de Tunja). Muerto Pedro Alvarez, su juicio sucesoral se siguió, liquidó y protocolizó en el circuito de Tunja, y en él, según la hijuela correspondiente, se le adjudicó a Bernardo Alvarez Vargas, como heredero en su calidad de hijo legítimo del causante, entre otros bienes, un lote de terreno denominado El Cerrito, en la vereda de Resguardo, jurisdicción municipal de Tuta, cuyos linderos están comprendidos dentro de los del lote de terreno que adquirió el causante Pedro Alvarez por el contrato de permuta que celebró con Andrés y Rodolfo Arias (escritura número 350 de 5 de mayo de 1938, notaría 2º de Tunja).

En el año de 1937 —afirma el actor—, los demandados, sin razón ni derecho, interrumpieron la posesión que el demandante venía ejerciendo sobre el mencionado inmueble, y antes de él, ininterrumpidamente y sobre el lote de mayor extensión que lo comprendía, Isabel Salamanca, Andrés y Rodolfo Arias y su antecesor inmediato y causante Pedro Alvarez.

Surtido el traslado legal de la demanda, los demandados Saturaia y Sara Hernández no contestaron. Ana Tulia Hernández manifestó que no era poseedora y agregó "que no es cierto que yo le reten-

ga (a Bernardo Alvarez Vargas), algún terreno que ni siquiera lo conozco y hago presente que si los demás demandados le retienen el terreno a que hace mención del demandante, yo por mi parte salvo mi responsabilidad por no oponerme a la restitución de dicho terreno". Los demás demandados negaron los hechos y se opusieron a que se hicieran las declaraciones imputadas por el actor.

La litis así trabada fue decidida en primera instancia por la sentencia del Juzgado de Circuito, de 29 de mayo de 1939, en la forma que literalmente se copia: "1º Decrétase la restitución del globo de tierra alínderado en la demanda a favor de Bernardo Alvarez Vargas y contra (sic) Sara Vargas v. de Hernández, Julio, Marco Elías, Misael, Sara María, Ana Teresa, Saturia, Filomena y Alcónida Hernández Vargas. Al segundo día siguiente al de la ejecutoria de esta providencia practíquese la diligencia de entrega. 2º Condénase a Sara Vargas v. de Hernández, Julio, Marco Elías, Misael, Sara María, Ana Teresa, Saturia, Filomena y Alcónida Vargas a la restitución de los frutos naturales y civiles percibidos y los que el demandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, desde el 1º de enero de 1938 hasta el día en que se verifique la entrega del terreno en cuestión. 3º Condénase a los mismos a las costas de este juicio. Tásense".

Contra este proveído recurrió en apelación el apoderado de la parte demandada, recurso que fue decidido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en sentencia definitiva de segunda instancia el 7 de febrero de 1940, reformatorio de la recurrida en los siguientes términos:

"1º Corresponde a Bernardo Alvarez en calidad de dueño, el derecho de dominio de un globo de terreno denominado El Cerrito, ubicado en la vereda de Resguardo, jurisdicción del Municipio de Tutá, alínderado así: . . .

2º Decrétase la restitución del globo de tierras cuyos linderos se expresan en el punto primero de este fallo a favor de

Bernardo Alvarez Vargas, la que efectuarán al segundo día siguiente a la ejecutoria del auto de obediencia que dicte el inferior, los demandados Sara Vargas v. de Hernández, Julio, Marco Elías, Misael, Sara María, Ana Teresa, Saturia, Filomena y Alcónida Hernández Vargas.

3º Condénase a los expresados señores a restituir al demandante los frutos naturales y civiles del inmueble de que se trata; no solamente de los percibidos, sino de los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, si hubiera tenido la cosa en su poder, desde el 1º de enero de 1938. La liquidación se hará conforme el procedimiento que señala el artículo 553 del C. J.

4º Absuélvese a la señora Ana Tulia Hernández de todos los cargos formulados en la demanda; y

5º Los reos pagarán las costas procesales de ambas instancias. Las de primera instancia serán tasadas por el Juzgado fallador".

El apoderado judicial de la parte demandada interpuso oportunamente ante el Tribunal recurso de casación contra esta sentencia definitiva de segundo grado, el cual, debidamente admitido y tramitado, se decide hoy.

La fundamentación principal y pertinente del fallo acusado se puede resumir así:

Con el mérito de las pruebas aducidas por el actor, la mayor parte con su demanda, consideró el Tribunal que estaban demostrados suficientemente los cuatro elementos que configuran la acción reivindicatoria, esto es, dominio del demandante, cosa singular reivindicable, posesión del demandado e identidad de la cosa que se reivindica con la poseída por el reo. Se recuerda en el fallo que la sentencia que finaliza una acción de dominio, no da ni reconoce al reivindicante dominio absoluto o *erga omnes*, sino que tiene un efecto simplemente relativo al poseedor vencido, como lo ha establecido reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala, y considerado el pleito desde este pun-

to de vista, acepta que el demandante Alvarez Vargas ha demostrado plenamente ser dueño del inmueble que alindera en su demanda, con la hijuela de adjudicación correspondiente, traída a los autos debidamente registrada lo mismo que el acto de partición. Mas como observa que este título no se refiere a fecha anterior a la inicial de la posesión de los demandados, advierte el sentenciador que el actor acompañó también copia auténtica del título escriturario (escritura número 351 de 31 de julio de 1914), debidamente inscrito en el registro, que demuestra el dominio de su causante sobre el lote que reivindica. Estas pruebas dan respaldo a la conclusión de que el actor acreditó ser dueño de El Cerrito, y como de esos títulos se desprende un dominio antecedente a la posesión del demandado, que no expidió título alguno ni probó usucapición, decretó el Tribunal la restitución de la finca, cuya identidad fue, por otra parte, fehacientemente establecida.

Advierte el Tribunal que la sentencia del Juzgado guardó silencio sobre la declaratoria de dominio a que se refiere la primera súplica de la demanda, y en este particular completa la sentencia, porque "tal declaratoria debe ser previa a la entrega, y también debe llenarse ese vacío, toda vez que se decretó la reivindicación".

Finalmente, en referencia a la absolución de la demandada Ana Tulia Hernández, cuyo nombre no figura entre los condenados del primer grado, expresa el Tribunal que obedece a la circunstancia de que esa demandada manifestó no ser poseedora y a que en relación con ella no probó el actor la indispensable condición de ser coposeedora del fundo.

El recurso.

Se apoya la acusación contra la sentencia del Tribunal en el primero y en el sexto de los motivos de casación que enumera el artículo 520 del C. J.

Primer motivo.—Afirma el recurrente, refiriéndose al motivo por violación de ley sustantiva, que el Tribunal quebrantó las disposiciones que en seguida se enumeran:

tó las disposiciones que en seguida se enumeran:

Los artículos 756, 759, 764, 765, 2654, 2673 y 2674 del C. C., 38 de la ley 57 de 1887 y 593 del C. J. como consecuencia del error de hecho y de derecho consistente en haber aceptado como título de dominio de Isabel Salamanca sobre el lote de El Cerrito la hijuela que a esta heredera se le hizo en la partición de bienes sucesorales de Zoila Alvarez sin el requisito indispensable de su registro en la forma legal, pues solamente se registró la sentencia aprobatoria de la partición pero no este acto legal, como lo manda la ley; y como consecuencia también de haber apreciado la escritura número 432 de 18 de junio de 1913 en que se recogió la partición extrajudicial de los bienes herenciales de Isabel Salamanca sin reparar en el defecto de registro de que adolece tal título por no aparecer inscrito en el libro de causas mortuorias, como correspondía.

Los artículos 669, 740, 752, 1955, 1868 y 2513 del C. C. por efecto del error en que incurrió el Tribunal al apreciar la escritura número 351 del 31 de julio de 1914, que da cuenta de la permuta celebrada entre los Arias y Pedro Alvarez, porque no habiéndose registrado en el libro de causas mortuorias la partición extrajudicial entre los herederos de Isabel Salamanca, carecían los permutantes del derecho de dominio sobre los bienes que cambiaron;

Los artículos 946 del C. C. y 435, ord. 9º, y 708 del C. J. por consecuencia del error de hecho y de derecho en que se incurrió al apreciar el dictamen pericial que figura a folios 105 y 106 del cuaderno principal, con que se tuvo por establecida la identidad del lote que se reivindicó, sin que hubiera sido puesto en conocimiento de las partes para los efectos señalados en los artículos 719 y 720 del C. J.;

Los artículos 946 y 952 del C. C. y 202 y 343 del C. J. como consecuencia del error con que fue apreciada la demanda,

porque en ella no se dice que los demandados estén unidos por vínculos de comunidad y cada uno de ellos puede poseer porciones determinadas de la finca y a diversos títulos;

Y, finalmente, los artículos 764, 769, 770 y 965 del C. C. quebrantados directamente por el sentenciador, al calificar a los demandados como poseedores de mala fe, para efectos de la restitución de frutos, por el solo hecho de no haber presentado título traslativo ni constitutivo de dominio, olvidando que la buena fe es una presunción de la ley.

Se consideran los cargos.

Parte el recurrente, para formular su acusación, contra el fallo del Tribunal, de la base de que el reivindicante hace provenir originariamente sus pretensiones de dominio sobre el inmueble de El Cerrito de la adjudicación que se le hizo a Isabel Salamanca en el sucesorio de Zoila Alvarez y de la partición que los herederos de aquella hicieron de sus bienes relictos por acto extrajudicial, y desde este punto de vista dirigí su primer cargo contra la sentencia por haberse estimado en ella los instrumentos escriturarios en que se recogieron tales actos, a pesar de las deficiencias de que en materia de registro adolecen esas escrituras, según el recurrente. Pero si es verdad que el demandante Bernardo Alvarez Vargas hace referencia en su libelo de demanda, en calidad de hechos básicos de su acción reivindicatoria, a aquellos modos de adquisición de que dan cuenta los respectivos títulos escriturarios aducidos por él a los autos, la manera como ha sido planteada en el juicio la pretensión del actor al frente de la posesión del demandado, ha dejado aquellas referencias y las escrituras correspondientes en condición de meros antecedentes en el dominio del reivindicante, y en manera alguna como la fuente inmediata de su derecho de propiedad sobre la finca cuya posesión persigue. El Tribunal consideró acertadamente que no oponiendo los demandados

en el pleito derecho distinto de la presunción de dominio generada en el hecho de su posesión, era bastante para garantizar el buen éxito de la acción reivindicatoria que el demandante adujera títulos legales que revelaran su propiedad en época anterior a la en que se inició la sola posesión de los demandados, porque con esta titularidad, que caracterizaba jurídicamente su derecho, se destruía la presunción nacida del mero hecho de la posesión de los reos no respaldada por ningún título, sin necesidad de que demostrara, para los efectos de la sentencia en este juicio, la cadena completa de sus antecedentes en el dominio de la finca, como lo tiene establecido la jurisprudencia, que ha rechazado la llamada prueba diabólica.

El Tribunal no estimó como pruebas demostrativas del dominio de Bernardo Alvarez sobre la finca singularizada en la demanda sino la cartilla de adjudicación que le correspondió en el juicio sucesoral de su padre legítimo Pedro Alvarez (escritura número 350 de 5 de mayo de 1938, notaría 2ª de Tunja) y la escritura número 351 de 31 de julio de 1914, notaría 2ª del circuito de Tunja, que prueba el dominio de su causante por adquisición que hizo en el contrato de permuta que celebró con Andrés y Rodulfo Arias. Acreditada con este último instrumento público, traído al proceso, como la hijuela, debidamente registrada, la propiedad de su padre sobre el inmueble de El Cerrito, ha justificado el actor su derecho a que la finca que los demandados poseen pase a su poder mediante esta acción reivindicatoria. En esta situación, es claro que el sentenciador no incurrió, ni podía incurrir en los errores que le imputa el recurrente, desde luego que no tomó en consideración como prueba de la propiedad del actor con respecto a los demandados, ni tenía por qué hacerlo, la hijuela de la heredera Isabel Salamanca en el sucesorio de Zoila Alvarez, ni la distribución de los bienes hereditarios de aquella, hecha en 1913 y por tanto los cargos que se fundan en vicios de títulos ante-

riores al original de 1914 escritura 351 de 31 de julio, resultan inoperantes.

La Sala acoge los siguientes pasajes de la sentencia recurrida en que aparece acertadamente hecha la estimación jurídica del litigio: "De ahí el por qué en los juicios reivindicatorios sólo le baste al demandante, cuando dirige su acción contra un poseedor no inscrito, la exhibición de un solo título anterior de dominio, competentemente registrado, para que aquella prospere. Si ese título es posterior al día en que inició la posesión material su contradictor, puede añadir, para el logro del efecto perseguido, uno o varios títulos de sus autores, anteriores a la posesión material del demandado. Pero ello no implica que éste pueda exigir al actor, como comprobante de su dominio, una serie indefinida y ascendente de títulos, o sea lo que los tratadistas franceses denominan la "cadena infernal", constitutiva de la *probatio diabólica*, que no es eficaz en estos juicios".

En el caso que se revisa, el demandante exhibió su hijuela de adjudicación de 5 de mayo de 1938, en la que consta que se le adjudicó el lote a que se refiere el hecho 4º de la demanda, y que tanto la partición como la sentencia aprobatoria fueron registradas en el libro de causas mortuorias de la oficina correspondiente. Mas como este título es posterior a la posesión material de los reos, el demandante acompañó también copia de la escritura 351 de 31 de julio de 1914, registrada competentemente el 17 de agosto posterior, en la que consta el título de dominio de su causante sobre el lote reivindicado.

"Estos títulos son suficientes, ellos solos, para comprobar el dominio del reivindicante, porque dan a la posesión inscrita una antigüedad de más de veinticinco años hasta 1939; y los demandados, con las declaraciones sobre posesión material que más los favorecen, recibidas también en 1939, apenas alcanzan a demostrar su posesión sin título, en veinte años o algo más, sin que los testigos in-

diquen claramente que el apoderamiento alcanza a veinticinco años ni mucho menos, a los treinta que producen el fenómeno jurídico de la usucapión".

Respecto de la acusación que se funda en haber tenido el Tribunal por demostrada la identidad del predio que se reivindica con el poseído por los demandados, sobre el mérito de un dictamen pericial del que no se corrió traslado a las partes, se considera.

El hecho de que el lote reivindicado es el mismo poseído por los demandados y parte integrante del terreno adquirido por Pedro Álvarez por medio del contrato que consta en la escritura número 351 de 31 de julio de 1914, quedó fehacientemente establecido con la diligencia de inspección ocular practicada en el término probatorio del primer grado del juicio el 15 de febrero de 1939, visible al folio 94 del cuaderno principal, verificada con intervención de peritos. En esta última circunstancia de la intervención pericial hace pie el recurrente para pretender restar mérito a la prueba con que el Tribunal respaldó su afirmación de que el lote poseído por los demandados es el mismo que el actor singulariza en su demanda como el objeto de sus pretensiones posesorias, por la omisión, en que realmente incurrió, de haber corrido traslado del experticio a las partes; pero esta deficiencia en la producción de la prueba no presta fundamento al cargo en casación, porque a pesar de ella no hay duda sobre la identidad territorial de que se trata.

En efecto; cuando la inspección ocular, que tiene por objeto el examen y reconocimiento que, para juzgar con más acierto, hace el Juez de las cosas o hechos litigiosos, se practica con intervención de peritos, se producen en realidad dos pruebas diferentes, de mérito distinto: respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez que constituyen la inspección ocular propiamente dicha, el acta de la diligencia en que se relacionan hace plena prueba, y en cuanto a los puntos materia del examen pericial, la apre-

ciación de su fuerza probatoria y demás circunstancias queda sometida a las reglas especiales sobre la prueba de peritos (art. 730, C. J.).

En el caso de estudio, se puede prescindir del dictamen de los peritos que acompañaron al Juez en la diligencia de inspección, y el punto de la identidad de los fundos de que se trata, apreciable por cualquier persona, sigue siendo verdadero porque lo demuestra plenamente la inspección ocular, según el acta correspondiente, en cuyo mérito hace también pie la sentencia. En tal acta, en realidad, luégo de hacer el relato pormenorizado de los hechos y circunstancias de la diligencia en que se recorrieron los lotes y se confrontaron los límites, se escribió: "...No siendo otro el objeto de la presente diligencia se firma por los que en ella intervinieron dejando constancia de que personalmente el señor Juez acompañó a los peritos en la identificación de los linderos del terreno materia de la diligencia y en tal virtud constató los mismos hechos dictaminados por ellos".

Carece, pues, completamente de fundamento el cargo por error de hecho con base en la descrita omisión al producir la prueba de peritos.

Se acusa la sentencia por error de hecho cometido en la interpretación de la demanda, porque en ella no se dijo que los demandados fueran poseedores del terreno reivindicado como coherederos o comuneros; y de las probanzas traídas al juicio no resulta que estén ligados por vínculos de comunidad, y cada uno de ellos puede poseer porciones determinadas de la cosa y a título distinto.

Infundado también es este cargo contra la sentencia que en este particular refleja una realidad procesal que no adolece de error jurídico ninguno.

En las sentencias de las dos instancias del juicio se ha considerado que los demandados en esta acción reivindicatoria lo han sido en su calidad de poseedores en común del predio de El Cerrito, aco-

modándose de este modo al texto inequívoco de la demanda en que se piden las condenaciones contra ellos "en su calidad de actuales poseedores materiales, sin título que justifique su posesión". Esta condición de coposeedores indivisos en que han sido emplazados los demandados no ha sido objeto de ninguna contradicción a lo largo del litigio; y ha sido, por el contrario, confirmada y corroborada hasta por las propias pruebas pedidas por el apoderado de la parte demandada, quien afirma al formular el interrogatorio y los testigos al absolverlo, que los demandados han tenido la posesión del potrero de El Cerrito, pero sin indicar nada de donde pudiera siquiera presumirse que no la han ejercido comunalmente. Los demandados que dieron contestación al libelo no hicieron observación alguna al respecto ni propusieron excepción alguna fundada en que cada uno de ellos fuera poseedor independiente de porción distinta del lote.

En esta situación, resulta totalmente improcedente acusar la sentencia por no haber tenido en cuenta un hecho extraño, inexistente en el proceso, como es el de que cada uno de los demandados posee separadamente y por título distinto parcelas del inmueble que se reivindica. Es tan visible la improcedencia del cargo, que el recurrente no afirma el hecho determinante de la ineptitud sustantiva de la demanda por no haber singularizado la cosa en relación con cada demandado, sino que se limita a insinuarlo diciendo que "cada uno de ellos puede poseer porciones determinadas". Por lo demás, la inutilidad de este ataque podría hacerse reposar también en la circunstancia de que este vicio esencial que se le supone ahora a la demanda de reivindicación se ha querido hacer valer fuera de los debates judiciales de instancia, en forma inaceptable para los efectos de la casación.

El cargo contra la sentencia por infracción directa de los artículos 764, 769, 770

y 965 del C. C. se hace provenir de que el sentenciador, al referirse a la restitución de los frutos, consideró a los demandados como poseedores de mala fe por no haber presentado título alguno traslativo ni constitutivo de dominio, sin tener en cuenta que conforme al precepto del art. 769 de la obra citada, la buena fe se presume. No se demostró en el proceso el hecho de que la parte demandada hubiera usado de la violencia, para adquirir la posesión del terreno, caso en el cual sí podría calificarse la posesión de mala fe”.

Sobre este particular el Tribunal se redujo a advertir que la sentencia del Juzgado del Circuito condenó a los demandados a la restitución de frutos, considerándolos como poseedores de mala fe, para criticar el señalamiento del 1º de enero de 1938 como fecha inicial para la liquidación de esos frutos, pero sin introducir modificación alguna, porque “habiendo afirmado el demandante —como allí se lee— que la posesión de hecho de sus contradictores data de 1937, y aceptando éstos que esa posesión no sólo la han ejercido desde ese año sino desde muchos otros atrás, lo lógico era que tal condenación comprendiera un lapso que arrancara, por lo menos, desde el 1º de enero de 1937. No hizo el Juez esta consideración. Mas como la parte favorecida no apeló de esta decisión, hoy no puede modificarse lo resuelto en la primera instancia”. La circunstancia de no haber los demandados aducido ningún título como fuente de su posesión, es mencionada en la sentencia, junto con otras consideraciones, para deducir temeridad en la oposición de los demandados, con el objeto de condenarlos al pago de los gastos procesales de ambos grados del juicio.

Nada jurídicamente irregular encuentra la Sala en esta parte del fallo acusado que indujera, a concluir que al calificar de mala fe la posesión de los demandados sobre el lote de El Cerrito quebrantó el Tribunal las reglas que consagran la buena fe como presunción legal, que en este caso no puede tenerse por establecida.

La buena fe —reza el artículo 768 del C. C.— es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio. “Decía Pothier que la buena fe es ‘la justa opinión que tiene el poseedor de haber adquirido el dominio de la cosa’. Con más énfasis la define Troplong como ‘la creencia firme e intacta de que uno es propietario’. Y Voet en esta forma impecable: ‘Ilesa conciencia del que piensa que la cosa es suya’”. (G. J. Tomo XLIV, p. 701).

“Se entiende por buena fe, según Colin y Capitant, la creencia en la existencia del derecho de aquel de quien emana el título de adquisición. Por lo tanto el poseedor es de buena fe cuando cree que su título le ha convertido en propietario del inmueble o en titular del derecho real que deseaba adquirir sobre dicho inmueble”. Y Josserand dice que “la posesión es de buena fe. cuando el que la ejerce cree ser propietario, por ejemplo, cuando habiendo comprado un bien se piensa falsamente haber contratado con el propietario cuando se negociaba con un condominus”.

La bona fides ha de considerarse, como ya ha tenido ocasión de exponerlo esta Sala (G. J., Tomo 47, p. 465), como una realidad jurídica actuante y no simplemente como una intención de legalidad y una creencia de legitimidad, en forma que la cuestión predominante cuando se trate de apreciar la buena fe ha de consistir menos en el hecho psicológico de creer que en la razón de la creencia, esto es, en el cómo y por qué se cree. Si es necesaria la conciencia de una adquisición legítima para que la fe del poseedor sea buena, resulta una relación o conexidad tan íntima entre el título originario de la posesión y la creencia honesta de la propiedad, que no es posible admitir la buena fe en quien posee sin ningún título.

La falta de todo título, especialmente en materia inmobiliaria, es una circunstancia jurídicamente anormal que no permite generalmente presumir la buena fe.

La presunción que la ley establece a este respecto en el artículo 769 del C. C., requiere, pues, como base indispensable para poder actuar y producir sus efectos jurídicos, la existencia, en quien pretenda utilizarla, de un título constitutivo o traslativo de dominio, esto es, la prueba de una relación de derecho de las que confieren originaria o derivativamente la propiedad de las cosas, sin la cual es imposible la conciencia de haber adquirido una cosa por los medios que autoriza la ley. Sin esta prueba básica sobre la fuente de la posesión no tiene en qué reposar la presunción legal, y está bien que así sea, porque las ventajas muy apreciables que en materia de frutos concede la ley al poseedor de buena fe no tienen otra función que la honestidad de su creencia, ya que en realidad esas ventajas son recortes que se hacen al derecho del verdadero propietario.

En el caso de estudio, los demandados no han exhibido título ninguno justificativo de su posesión sobre la finca que se reivindica, como ya se ha dicho varias veces en este fallo, pero ni siquiera han establecido en forma que se hubiera considerado fehaciente las circunstancias en que entraron a poseer El Cerrito. La sentencia recurrida tiene por plenamente demostrado que Pedro Alvarez poseyó la finca de que se trata, hasta su muerte, y que luego siguió poseyéndola el demandante Bernardo Alvarez, hasta 1937, año en que tomaron posesión material de ella los demandados, tal como se enuncia en los hechos fundamentales de la demanda; y esta conclusión esencial de la sentencia, de efectos definitivos para la apreciación de la buena o mala fe, por que han poseído los reos, no ha sido atacada en casación en la única forma en que legalmente habría podido serlo, esto es, demostrando que el Tribunal incurrió en error de hecho o de derecho en la apreciación de los elementos probatorios que le sirvieron de apoyo para su conclusión. La condición jurídica a que de esta manera queda reducido el hecho de estar la

finca cuestionada en poder de los demandados, es visiblemente incompatible con la conciencia de haber adquirido su dominio por un medio legítimo, que es la esencia moral de la buena fe del poseedor.

Sexto motivo.—También se ha acusado la sentencia por haberse incurrido en una de las causales de nulidad que taxativamente se citan en el artículo 520 del C. J., y se hace consistir este vicio en incompetencia de jurisdicción en que incurrió el Tribunal al quebrantar el principio de la *reformatio in pejus*, consagrado en el artículo 494 del C. J., por haber modificado la sentencia del Juzgado en el sentido de formular la declaratoria de dominio solicitada en la primera súplica del libelo y sobre la cual había guardado silencio el fallo de primer grado, sin facultad para hacerlo, puesto que el único apelante para ante el Tribunal fue la parte demandada.

En la primera de sus peticiones solicita el demandante que se declare: "Que en mi calidad de dueño absoluto, me corresponde el pleno derecho de dominio de un globo de terreno denominado El Cerrito..." El Juzgado 1º del Circuito de Tunja, como antes se dejó advertido, sobre la conclusión de que el actor había acreditado satisfactoriamente su derecho de propiedad sobre el inmueble, decretó su restitución con frutos y condenó a los demandados en costas, pero calló en relación con la primera declaración impetrada en el libelo. El Tribunal, al decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandado dijo, refiriéndose a la declaración omitida por el Juez: "Tal declaratoria debe ser previa a la de entrega, y también debe llenarse ese vacío toda vez que se decretó la reivindicación". Este complemento introducido al fallo por el sentenciador de segundo grado lo considera el recurrente como una modificación hecha sin jurisdicción por ser en perjuicio de la parte apelante, cuyo recurso no

podía legalmente considerarse sino en lo que le era desfavorable.

No considera la Sala, a pesar de la exactitud de lo que afirma el recurrente, que el caso ocurrido sea constitutivo de una *reformatio in pejus* capaz de suscitar un problema sobre jurisdicción. La reforma, en efecto, que rebasa los límites jurisdiccionales del superior, no es cualquier enmienda si no solamente la que imponga una agravación de las obligaciones impuestas al vencido cuando éste ha sido el único recurrente. El perjuicio es elemento que corresponde por definición a esta figura legal, y en el caso de estudio no existe. En efecto; la acción reivindicatoria, que es la que tiene el dueño que ha perdido el contacto con su cosa, el dueño sin posesión, contra el poseedor sin propiedad, es medio o vía legal para reclamar el derecho de posesión, no el dominio, el cual apenas figura como antecedente, como causa para que el actor pueda pedir y obtener el goce pleno de su derecho con el ejercicio posesorio, que se realiza con la restitución de la cosa. Dentro de esta apreciación jurídica, que es la que se deduce de la propia definición del artículo 946 del C. C., es claro que con la orden de restitución de El Cerrito, contenida contra la parte demandada en la sentencia del Juzgado del Circuito, ya estaba satisfecha en todo su verdadero alcance y significación la acción reivindicatoria contra los demandados. Con la orden de entrega de la finca y la condena a restituir sus frutos quedaba consumado su vencimiento en el pleito; el dominio del demandante, el reconocimiento de su titularidad, que ya había producido

en esa forma sus efectos judiciales, es una cosa ya decidida respecto del demandado, que en realidad no vino a agregarle perjuicio o desfavor, privado como estaba ya de lo único que tenía, que era su posesión material. Podría pensarse, por otra parte, que la obligación declarada contra el reo de restituir el inmueble al demandante lleva envuelto el reconocimiento del derecho de dominio del actor, porque si no carecería de causa y de base jurídica, en forma que el complemento que el Tribunal hizo al respecto queda reducido a una simple cuestión de técnica formal de la sentencia, que no constituye reforma con agravación de las obligaciones de la parte condenada. Apreciadas así las cosas, el cargo carece de fundamento.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja con fecha 7 de febrero de 1940, que ha sido materia de este recurso de casación.

Condénase al recurrente en las costas del recurso.

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

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestroza Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Secretario.

MINAS.—PERSONERÍA ADJETIVA. — INTERPRETACION DEL CODIGO DE MINAS.
OPOSICION EN ASUNTOS DE MINAS. —APRECIACION DE PRUEBAS.

1.—Ningún precepto del Código de Minas exige que se demuestre en juicio la personería sustantiva del opositor a un denuncia, y menos cuando en virtud de orden judicial deba asumir el papel de demandado. Los artículos 397 del C. de M. y 16 de la ley 292 de 1875 se refieren a la personería adjetiva de quien se presente a hacer la oposición, sin ser el directamente interesado, como se evidencia con la simple lectura de esos textos legales. — 2.— Las disposiciones del Código de Minas no deben interpretarse aisladamente; sus textos deben ser interpretados en forma tal que nunca pueda estimarse que el engranaje de sus principios jurídicos, a veces aparentemente contradictorios, tiendan a sacrificar sin causa fundamental el derecho patrimonial del minero, ni a una paralización de ese ramo tan importante de la riqueza nacional. — 3.—En el rigor de la teoría, bien puede sostenerse que son distintas las oposiciones que puede hacer quien se sienta afectado en cualquier medida por el denuncia de una mina, según que el opositor alegue las diversas condiciones o categorías de anterior avisante, denunciante o restaurador, de titular y poseedor regular, de colisión simultánea de denuncios o de simple colindante del territorio minero que se denuncia. En armonía con esa tesis es indudable que el artículo 59 del C. de M. consagra una regla general de oposición a la cual deben acogerse los que tengan un derecho anterior, para protegerlo en aquellos casos en que el nuevo denuncia tienda a obtener la apropiación del mismo territorio minero, por abarcarlo en todo o parte dentro de las direcciones anotadas y previamente señaladas. Las otras normas, que igualmente consagran la facultad de oponerse a la po-

sesión de una mina denunciada, revisten carácter especial y están destinadas a resolver y regular ciertos casos típicos de oposición, según que el opositor tenga la condición de anterior avisante o descubridor, para casos de colisión simultánea de denuncios, o para el caso ya más singularizado de simple colindante. En este último evento, y si en realidad se contempla una situación bien definida de colindancia, es indudable que la oportunidad para hacer la oposición y el trámite especial y pertinente, vienen a ser los determinados en el artículo 65 del C. de M. — 4.—Los preceptos reglamentarios proferidos en Decretos Ejecutivos y, en general, las normas ejecutivas, no dan base para acusaciones en el recurso extraordinario de casación que solamente tiene como fin exclusivo el de velar por la fiel y exacta aplicación de la ley sustantiva y el de uniformar la jurisprudencia nacional sobre los diversos fenómenos del derecho privado. — 5.—Ya ha dicho la Corte que no basta que se acredite una errónea, mala, imperfecta o poco técnica apreciación de las pruebas, ni es suficiente que tal apreciación sea o pueda ser distinta o contraria a la que la Corte hubiera hecho en el caso de haber fallado en instancia. Es menester algo más, para que el recurso proceda. Es necesario que esa mala apreciación de pruebas haya llegado a dar por resultado un verdadero, manifiesto y evidente error de hecho, que a su turno implique una infracción de la regla jurídica.

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

(Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez)

Antecedentes.

1. Próspero Almazán denunció para sí y para otros, ante el Gobernador de Antioquia, una mina de oro y plata de veta, de antiguo descubrimiento, ubicada en el Municipio de Segovia, y a continuación de la mina denominada "Los Alejandros", a la que llamó "Los Alejandros Número Primero", señalando las bases para la medida de la figura geométrica cuando fuera a darse la posesión.

2. La Gobernación admitió el denuncia y comisionó al Alcalde de Segovia para que le diera posesión de dicho territorio minero, librando el correspondiente despacho, en el cual advierte que "se ignora el nombre que tuviera la mina, como el de sus antiguos poseedores". En el cartel que se acompañó se expresa "que hasta el día en que debe desfijarse es término hábil para hacer oposiciones".

3. Dicho cartel fue fijado en debida forma y su desfijación se hizo en la oportunidad legal el 14 de julio de 1921. El Alcalde comisionado fijó también edicto en los términos del artículo 31 de la Ley 292 de 1875, para notificar a los últimos poseedores de la mina denunciada, cuyos nombres se ignoraban; edicto que se pregonó en forma legal, habiéndose hecho el último pregón el 26 de junio de 1921.

4. El 1º de agosto del mismo año pidió la posesión de la mina el apoderado del denunciante Almazán. El 5 del mismo mes dicho apoderado indicó como dueños de minas colindantes a los señores Fernando Mercier, representante de la sociedad "Minas de Colombia", vecino de Segovia, y Ramón Ramírez, vecino de Remedios.

5. Zoilo F. Hernández, como apoderado de la sociedad "Minas de Colombia", se opuso a la posesión que proyectaba darse, en memorial fechado el 16 de agosto de 1921, por considerar que con la posesión de la mina denunciada y siguiendo las direcciones anotadas en el despacho de la Gobernación se afectaban las minas de propiedad de la sociedad que representaba, denominada "Continuación Pri-

mera, Segunda, Tercera y Cuarta Norte de San Nicolás", "Los Alejandros", "San Nicolás Principal" y "Primera y Segunda Continuaciones Orientales de San Nicolás". En el escrito de oposición manifiesta lo siguiente: "Me opongo a esa posesión pues mis mandantes son los últimos poseedores de esas minas y en tal carácter lo hago" (subraya la Corte).

6. El apoderado Hernández formalizó su oposición ante el Juez del Circuito de Remedios por escrito de 24 de agosto de 1921, en el cual nuevamente expresó que con la posesión de la mina denunciada se afectaba el territorio minero de propiedad de la sociedad opositora; y por lo tanto, pidió que se declarase que la citada compañía tenía mejor derecho que el denunciante en las minas de su propiedad a que antes se aludió. El Juzgado admitió la oposición y consideró al denunciante Almazán como actor, con aplicación del artículo 53 de la Ley 292 de 1875. Esa providencia fue confirmada por el Tribunal de Medellín en auto de 28 de febrero de 1922.

El pleito

Fundado en tales antecedentes el denunciante Próspero Almazán demandó por la vía ordinaria, ante el Juzgado del Circuito de Remedios, a la sociedad anónima denominada "Minas de Colombia", con sede principal en la ciudad de Lieja (Bélgica) y representada por Zoilo F. Hernández, para que se hicieran las declaraciones que pasan a extractarse: a) que es eficaz por su exactitud y justicia el denuncia dado por él de la mina "Los Alejandros Número Primero", por la base para la medida al dar la posesión que indican el cartel y el despacho de la Gobernación de Antioquia de 3 de mayo de 1921; b) que es improcedente e ineficaz y contiene una indebida acumulación, por referirse a varias minas, la oposición hecha por escrito de 16 de agosto de 1921; c) que en consecuencia debe dársele como denunciante la posesión de la mina "Los Alejandros Número Primero", para

él y para las demás personas que figuran en el denuncia; y d) que el opositor pague las costas del juicio.

El apoderado de la compañía demandada negó al demandante el derecho invocado, por estimar que siguiendo los rumbos detallados en su denuncia se afectaban con esa posesión las minas de la sociedad opositora, que mencionó al formalizar la oposición.

El Juez a quo falló la primera instancia negándose a hacer las declaraciones solicitadas, fundándose en que no estaban probados los hechos de la demanda y en que la sociedad opositora sí había demostrado la razón o fundamento de su oposición, porque varias de las minas de su propiedad se afectaban con la base dada por el denunciante para la medida de la mina denunciada.

La sentencia acusada.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín pronunció en este litigio la sentencia de segundo grado confirmando en todas sus partes la de primera instancia, con el voto disidente del Magistrado doctor José Luis Molina M. Las consideraciones jurídicas que sirven de fundamento a esta sentencia pueden resumirse así:

Los juzgadores de instancia, en providencias interlocutorias de 28 de febrero y 31 de julio de 1922 reputaron que las distintas manifestaciones del opositor se encaminaban a defender su mejor derecho en parte apreciable en la mina denunciada, por cuanto con los rumbos que llevaría la figura geométrica se afectarían considerablemente los minerales pertenecientes a "Minas de Colombia". Los títulos exhibidos por la sociedad demandada así lo pregonaban, dada la identificación oportuna que se hizo, de que la mina cuya posesión se proyectaba comprendía parte de todas o algunas de las minas a que se refiere la oposición; y de aquí la acertada resolución del Tribunal, que desde entonces lanzó el concepto de que "el debate que se inicia es de mejor

derecho (subraya la Corte), pero toca al restaurador ejercitar la acción que estime jurídica".

Sostiene la sentencia que hay cardinal diferencia entre la oposición especial que los dueños de minas colindantes pueden hacer valer en la forma y oportunidad que determina el artículo 65 del C. de M. y la oposición general que los mismos, con toda anticipación y llegado el caso, pueden ejercitar con la facultad que le otorga el artículo 59 del mismo código, a todo dueño de minas. Todavía más claro: el dueño de minas colindantes puede ser lesionado, bien por el simple deslinde (sic), bien por la colisión de derechos sobre parte considerable del mineral que posee; esto último puede calcularse con más o menos exactitud desde el momento del denuncia, siguiendo las demarcaciones que se indican en el cartel, y no se le puede rechazar su oposición anterior a la posesión con el espejismo de que, en armonía con el artículo 26 del C. de M., puede acaecer que el rectángulo no siga las líneas longitudinales que señala el cartel. Concluye la sentencia prohibiendo la tesis de que los dueños de minas colindantes tienen dos oportunidades para hacer oposiciones: primera, cuando se presenta el caso general del artículo 59 del C. de M.; y segunda, cuando ocurre el caso especial que contempla el artículo 65 ibídem. El magistrado disidente sostiene la tesis contraria, a saber: que esas dos normas contemplan y regulan dos casos muy distintos y que cuando se trata de minas colindantes los titulares del mineral sólo pueden hacer oposición en la forma y con las circunstancias especiales que estatuye el artículo 65 del C. de M., norma que estima como una consecuencia del 26 de la misma obra.

Termina la sentencia declarando que la convicción a que se llega con las probanzas traídas al proceso, de que la base de mensura señalada por el denunciante y actor Almazán afectan gran parte de la riqueza minera de que es titularia la sociedad opositora, colocan al juzgador en la imposibilidad de hacer las declaracio-

nes pedidas en la demanda, ya que el demandante suplica con precisión la declaración de que es eficaz el denuncia que hace por la base para la medida que indican el cartel y el despacho de la Gobernación.

El recurso.

Acusa la anterior sentencia en casación el apoderado de la parte actora y luégo de algunas breves consideraciones sobre el trámite que debió darse a este recurso, que a su juicio era el señalado por el antiguo Código Judicial y sus leyes complementarias, por haberse interpuesto durante su vigencia, tacha la providencia por violación de leyes sustantivas y por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Así se extractan los motivos de acusación que alega:

Causal primera. Primer cargo. Sostiene el recurrente que los artículos 397 del C. de M. y 16 de la Ley 292 de 1875 requieren la debida comprobación de la personería sustantiva por parte del opositor. No se ha comprobado en autos la autorización dada a dicha compañía para su existencia lègal ni que la sociedad mencionada haya obtenido la declaración de haber cumplido los requisitos que prescriben los artículos 1º y 5º del Decreto Legislativo número 2 de 1906.

Como el Tribunal no consideró nada de lo relativo a la personería sustantiva de la parte opositora, violó, por no haberlos aplicado, los artículos invocados en este cargo, en virtud de cuyos mandatos debió el Tribunal declarar no probada la personería sustantiva de la parte demandada y en consecuencia desechar la oposición.

Segundo cargo.—Censura el recurrente que el Tribunal, al referirse a las pruebas de dominio aportadas por el opositor, hiciera la siguiente declaración: "la mayoría de la Sala al darse a la tarea de proferir la sentencia de segundo grado, acepta la relación de títulos que hace el señor Juez del conocimiento".

El artículo 16 de la ley 292 de 1875 prescribe que la oposición debe formularse por el interesado, que no ha de ser distinto de un dueño o avisante o denunciante de la mina que se sienta afectada. Los artículos 291 y 303 del C. de M. regulan el fenómeno de la posesión regular, de su adquisición y conservación; como el opositor no ha comprobado legalmente ser dueño de las minas que considera afectadas, el Tribunal violó por no haberlos aplicado los preceptos invocados.

Tercer cargo.—El artículo 59 del C. de M. señala el término hábil para hacer oposiciones. El cartel se desfijó el 14 de julio de 1921 y la oposición se formuló el 16 de agosto del mismo año, es decir, mucho después de la fecha de desfijación del cartel; luego esa oposición no se hizo en tiempo hábil sino fuera de él, violándose con tal proceder el artículo 59 mencionado, por no haberlo aplicado siendo el caso hacerlo.

Cuarto cargo.—El artículo 63 del C. de M. preceptúa que es un deber del opositor presentarse a formalizar su oposición en el término de la distancia y nueve días más, contados desde el día en que concluya el de la desfijación del cartel. Como la oposición se formalizó por memorial de 24 de agosto de 1921 y el término de la distancia entre Segovia y Remedios es de un día, por distar una de otra menos de dos miriámetros, quedó hecha fuera de tiempo la formalización de la oposición, violándose por este concepto el artículo 63 precitado, por no haberlo aplicado.

Quinto cargo.—Alega la compañía opositora en la contestación de la demanda que es la última poseedora de las minas que considera afectadas por el denuncia y que la oposición sí se formalizó en tiempo. A través del expediente la sociedad opositora ha alegado que con la mina denunciada se afectan varias de su propiedad, es decir, ha formulado la oposición de colindante, nó la de último poseedor, como lo anota el doctor Molina en su salvamento de voto.

La sociedad opositora no ha expresa-

do que fuera antigua dueña y poseedora de la mina denunciada, caso en el cual y en calidad de tal sí hubiera tenido derecho a formalizar su oposición dentro del término especial que consagra el artículo 359 del C. de M., establecido a favor de quienes efectivamente tengan, con relación a una mina determinada, la calidad de antiguos poseedores. La sociedad demandada no ha sostenido ser la última poseedora de la mina denunciada por Almazán; por tanto, su oposición debe considerarse como de colindante y entonces no pueden aplicársele las disposiciones sobre oposición de últimos poseedores, o sean los artículos 31 de la Ley 292 de 1875 y 359 del C. de M., preceptos que violó el Tribunal por no haberlos aplicado, siendo del caso hacerlo.

Sexto cargo.—Dice el recurrente que el Tribunal reconoce que es potestativo del denunciante hacer o no las variaciones que autoriza el artículo 26 del C. de M., al tiempo de practicarse las diligencias de oposiciones. Mas como deduce que por el hecho de ser potestativo no se sabe a ciencia cierta si el denunciante hará o nó las variaciones, llegado el caso, concluye cerrando al denunciante el camino para ejercitar el derecho de variación expresamente consagrado por la disposición legal invocada, la que bien podría poner a salvo los derechos de terceros que se consideraran afectados por el denuncia. Es de concepto que la sentencia ha violado de manera directa el artículo 26 precitado, en consonancia con los 7º y 34 del Decreto número 761 de 1887.

Séptimo cargo.—El Tribunal fallador, a juicio del recurrente, ha violado tanto de manera directa como por errónea interpretación los artículos 12 y 13 del Decreto número 761 de 1887, según los cuales se pueden tirar líneas imaginarias para desarrollar el rectángulo, invadiendo el perímetro de otras minas. Hay violación directa, porque la sentencia ha concluído por negar el derecho a recibir la posesión de la mina; y ha habido inter-

pretación errónea, porque el Tribunal sostiene como única razón la de que aquellos dos preceptos sólo tienen por objeto lograr que las pertenencias tengan la figura geométrica regular que prescribe la ley.

Octavo cargo.—De acuerdo con el artículo 607 del Código Judicial antiguo, las declaraciones de dos testigos hacen plena prueba, y de conformidad con el 75 de la Ley 105 de 1890, todos aplicables al pleito, en caso de contradicción manifiesta de los testimonios debe estimarse su mérito probatorio según las reglas de la crítica legal.

Por otra parte, el artículo 79 de la Ley 105 de 1890 dispone que la exposición de peritos no es de por sí plena prueba y debe ser apreciada teniendo en consideración las razones en que funden su dictamen y las demás pruebas que figuren en el expediente. Se deduce de lo dicho que el Tribunal fallador violó tales preceptos, por no haberlos aplicado, cuando hizo a un lado las declaraciones rendidas por los testigos y dio al dictamen pericial una fuerza probatoria que no tenía.

Segunda causal.—Primer cargo.—El artículo 835 del Código Judicial antiguo, pero vigente al dictarse la sentencia recurrida, dispone que las sentencias definitivas deben recaer sobre la cosa, cantidad o hecho demandado; a su turno, el 845, ibídem, preceptúa que toda cuestión que haya sido materia del debate será resuelta en la sentencia. El Tribunal sentenciador no tuvo en cuenta que las partes estuvieron de acuerdo en que podía procederse a dar posesión al actor de la mina denunciada, siempre que no se afectaran las minas citadas por el opositor; de manera que falló desconociendo al actor el derecho de tomar posesión de la mina denunciada, sin afectar las minas del opositor, y este cargo encaja dentro de la causal segunda de casación de que trata el artículo 2º de la Ley 169 de 1896, igualmente aplicable al caso.

Segundo cargo.—En su demanda afirma el actor y recurrente que la oposición

no se hizo dentro del término que señala el artículo 59 del C. de M., y en consonancia con este hecho formuló la petición segunda de su demanda para que se declarase "que es improcedente e ineficaz la oposición hecha por escrito de 16 de agosto de 1921 y formalizada por memorial de 24 del mismo mes". Con esos antecedentes se demuestra que fue materia de la controversia la cuestión de si la oposición era oportuna o inoportuna, y a pesar de esto, tanto el juez a quo como el Tribunal guardaron silencio sobre esa materia en los fallos de instancia. Se violaron por ese concepto los artículos 59, 63, 359, 835 y 843 del C. de M. y 31 de la Ley 292 de 1875.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

— I —

Cuestión procesal previa

Cuando entró a regir el nuevo Código Judicial (Ley 105 de 1931) ya estaba interpuesto este recurso de casación, que sólo llegó a la Corte el 1º de junio de 1940, y tratándose de un recurso en trámite debían continuar rigiendo las viejas normas procesales, por así disponerlo en forma de excepción el artículo 1,228 del C. Judicial vigente.

Es evidente, por lo tanto, que por esa circunstancia debió imprimírsele la secuela señalada en el anterior código de procedimiento. Pero al no haber procedido así, por inadvertencia, tal irregularidad en las fórmulas no alcanza a producir la nulidad de la actuación, por las razones que someramente se pasan a expresar, a saber: a) porque en el recurso de casación, de carácter extraordinario, donde no existe propiamente un debate judicial entre las partes, sino el enfrentamiento de una providencia judicial definitiva con la ley, son impertinentes los incidentes de nulidad tendientes a invalidar la actuación, que sólo pueden tener

oportunidad en las instancias del proceso; b) porque de haberse incurrido en alguna irregularidad o equivocación, sería necesario que ésta estuviera erigida expresamente en causal de nulidad por la ley positiva, ya que las nulidades son taxativas, y no es ese el caso que se dilucida; c) porque sólo es motivo de casación, según el inciso 6º del artículo 520 del C. J. el haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448, ibídem; y para alcanzarse en este caso la infirmación del fallo acusado es necesario que alguna de tales nulidades, taxativamente consagradas, se presente a través de un cargo en casación, cosa que no ha hecho en este proceso la parte recurrente.

— II —

CAUSAL PRIMERA

Primero y segundo cargos

Se relacionan con la necesidad de evidenciar la personería sustantiva de la persona que haga oposición a un denuncia de minas, y a la demostración en autos de su mejor derecho a la posesión y propiedad de la riqueza minera lesionada por el nuevo denuncia.

La Corte considera:

Por vía de doctrina se rectifica el concepto de que algún precepto de nuestro derecho minero exija, como lo pretende el recurrente, que se demuestre en juicio la personería sustantiva del opositor a un denuncia, y menos cuando en virtud de orden judicial deba asumir el papel de demandado. Los artículos 397 del C. de Minas y 16 de la Ley 292 de 1875 se refieren a la personería adjetiva de quien se presenta a hacer la oposición, sin ser el directamente interesado, como se evidencia con la simple lectura de esos textos legales. El primero de tales preceptos, el 397, estatuye únicamente que si

la oposición se hace por una persona que no sea el interesado ni su representante legal, deberá legitimarse la personería adjetiva, y si esto no fuere posible, también se aceptará la oposición con la exigencia de que preste una fianza para responder de que el interesado aprobará lo hecho a su nombre en el juicio. La segunda de las normas indicadas, el artículo 16 de la Ley 292, consagra precisamente algo distinto de lo pretendido por el recurrente, vale decir, que la oposición puede hacerse por el interesado en persona, por el que exhiba poder suyo, por el que esté actualmente encargado de la mina o por cualquiera otra persona que preste fianza que garantice que la persona por quien habla aprobará el acto como ejecutado por ella misma.

La oposición la presentó Zoilo F. Hernández, como apoderado debidamente constituido de la sociedad opositora, según consta en autos; y de no haber demostrado en debida forma su personería adjetiva, como lo hizo, el juez a quo debió exigirle la comprobación de su legitimación en causa, según lo preceptúa el artículo 399 del C. de M., y decidir previamente sobre este asunto antes de proseguir el juicio.

Pero hay algo más: la sociedad opositora y demandada sí cumplió con el requisito que consagra el artículo 1º del Decreto Legislativo número 2 de 1906, pues a los autos se trajo una copia de la escritura pública número 63, de 18 de abril de 1921, Notaría del Circuito de Remedios, en que consta el acto de protocolización de documentos relativos a la constitución de la sociedad anónima denominada "Minas de Colombia" y del poder otorgado a Fernando Mercier para representarla. Además, en el Diario Oficial número 14,703, que no se ha traído a los autos, está publicada la Resolución ejecutiva de 17 de septiembre de 1912, referente a dicha entidad minera, en la cual se declaran cumplidos por ésta los requisitos legales.

Fuera de lo dicho, conviene advertir que a la sociedad opositora, en su condi-

ción de demandada, no le correspondía presentar la prueba de su personería sustantiva, aun en el caso de que tal requisito fuera necesario, y ya viene dicho que no lo es para esta clase de controversias.

En lo atañadero al segundo cargo, que se hace consistir en el hecho de que el Tribunal reconoció a los opositores la calidad de dueños de las minas que se consideran afectadas sin estudiar los títulos y calificarlos, no comparte tampoco la Corte este concepto, equivocado a todas luces, porque el juez de primer grado hizo un estudio relacionado de la titulación presentada por "Minas de Colombia", para evidenciar su dominio minero y su condición de último poseedor de las minas de su propiedad; y el Tribunal fallador, al referirse a las pruebas de dominio aportadas por el opositor, acogió indudablemente la conclusión que sobre la suficiencia de esa titulación había hecho el juez de instancia cuando dijo: "la mayoría de la Sala, al darse a la tarea de proferir la sentencia de segundo grado, acepta la relación de títulos que hace el señor Juez del conocimiento".

Ahora bien, si lo que pretende el recurrente es sostener que los títulos exhibidos por la entidad opositora y demandada no son suficientes, o que son defectuosos, o que carecen de validez por no reunir los requisitos legales, ha debido concretar sus tachas, por alguno de tales aspectos, y señalar los preceptos legales que estime violados por esos conceptos, cosa que no hizo; y por esa circunstancia no puede prosperar su acusación en la forma vaga e inocua en que aparece presentada.

Son infundados e impertinentes los dos primeros cargos formulados con referencia a la causal primera de casación. Se rechazan.

Cargos tercero y cuarto

Se refieren estos cargos, como viene antes expuesto, a que la oposición no se hizo dentro del término hábil y en la oportunidad legal, y por esa circunstan-

cia debió el juzgador desestimarla y rechazarla, haciendo las declaraciones pedidas a su favor por el actor Almazán.

Considera la Corte que la oportunidad para hacer la oposición en este caso de autos es cuestión de índole procesal que ya quedó definida por el Organó Judicial, antes de entablarse el juicio, mediante providencia dictada por el Juzgado de Remedios el 1º de octubre de 1921, en la cual se aceptó la oposición e implícitamente se decidió, por lo tanto, que se había interpuesto con la oportunidad y dentro de los términos fijados por nuestro derecho minero. Ese proveído fue luego confirmado por el Tribunal Superior de Medellín, el día 28 de febrero de 1922. Como quiera que esas decisiones pusieron fin al incidente previo en que se debatió la posición de las partes en este litigio, declarándose en ambas que Almazán debía asumir el papel de actor y que había sido formulada oportunamente la oposición de la sociedad demandada, hay que aceptar que se terminó la discusión judicial de esas dos cuestiones previas para la viabilidad de la acción y no podía establecerse nuevo debate sobre ellas.

Pero de no ser esto así, por interés meramente doctrinario agrega la Corte que la oposición sí fue presentada con la debida oportunidad, como pasa a demostrarse:

El denunciante Almazán expresó claramente en su denuncia que la mina denunciada era de antiguo descubrimiento, lo que equivale a manifestar que estaba abandonada; y luego agrega: "se ignora el nombre que tuviera la mina, como el de sus antiguos poseedores".

Cuando un denunciante dice ignorar los nombres de los antiguos poseedores, se citan éstos por edicto que debe pregonarse en dos días de concurso (artículo 31 de la Ley 292 de 1875). El Alcalde comisionado fijó ese edicto, en los términos del artículo 31, para surtir la notificación a los últimos poseedores de la mina denunciada, cuyos nombres se ignoraban al decir del denunciante. Tal edicto se desfijó el 3 de agosto de 1921.

Cuando se trata del caso de minas abandonadas, tiene estricta aplicación el artículo 359 del C. de M. y tal precepto estatuye que "la notificación se entiende hecha a los treinta días de practicada la última de las diligencias de que habla el artículo anterior (el 358, sustituido por el 31 de la Ley 292), y en los treinta días siguientes puede el individuo a quien se hace la notificación oponerse a que se dé la posesión".

El apoderado de "Minas de Colombia" se opuso a la posesión proyectada en escrito de 16 de agosto de 1921; y más tarde, para concretar el debate, formalizó tal oposición ante el Juzgado del Circuito de Remedios, en memorial de 24 de agosto de ese mismo año. Salta a la vista que no había transcurrido el término de treinta días fijado por el artículo 359, para considerar como hecha la notificación por edicto al último poseedor cuyo nombre se ignoraba; y menos que hubiera expirado el segundo término de otros treinta días para formalizar la oposición.

La cuestión relativa a decidir si la sociedad demandada debe aceptarse como última poseedora de la mina denunciada, o si es simple colindante, distinción que reviste gran interés para el recurrente y que repercute en la definición que acaba de hacerse anteriormente, es un problema sobre el cual se pronunciará la Corte al estudiar los cargos subsiguientes.

No inciden las tachas tercera y cuarta antes estudiadas. Se rechazan.

Cargos quinto, sexto y séptimo

Según el recurrente, y en armonía con la tesis del Magistrado disidente del Tribunal, "Minas de Colombia" no es la última poseedora de la mina denunciada, sino de sus propias minas que considera afectadas sólo en parte con el denuncia; por lo cual debió oponerse como colindante y no como último poseedor, ajustándose en consecuencia a lo dispuesto en el artículo 26 del C. de M. y al procedimiento especial que señala para esos casos el artículo 65, ibídem. En otros términos:

debió esperarse a la diligencia de posesión, para ver si el denunciante usaba la facultad potestativa del artículo 26 y modificaba los rumbos de las líneas para la figura geométrica, con el objeto de no invadir el territorio minero de la opositora; y sólo en el caso de no variarse tales rumbos e invadir las líneas dicho territorio debía seguirse un juicio especial de deslinde y amojonamiento.

Por vía de doctrina la Corte considera:

A.—Es indudable que en nuestro derecho minero no se deben interpretar los textos aisladamente, porque ellos están destinados a operar dentro de un eje de concordancia que debe ser tenido en cuenta por el fallador. Igualmente lo es que en el sistema normativo de minas el principio generador de sus preceptos está informado en un espíritu de constante protección a la industria extractiva, por ser una de las fuentes más ricas del régimen económico colombiano. De allí que sus textos deban ser interpretados en forma tal que nunca pueda estimarse que el engranaje de sus principios jurídicos, a veces aparentemente contradictorios, tiendan a sacrificar sin causa fundamental el derecho patrimonial del minero, ni a producir una paralización de ese ramo tan importante de la riqueza nacional.

En el rigor de la teoría, bien puede sostenerse que son distintas las oposiciones que puede hacer quien se sienta afectado en cualquier medida por el denuncia de una mina, según que el opositor alegue las diversas condiciones o categorías de anterior avisante, denunciante o restaurador, de titulario y poseedor regular, de colisión simultánea de denuncios o de simple colindancia del territorio minero que se denuncia.

En armonía con esa tesis, es indudable que el artículo 59 del C. de M. consagra una regla general de oposición a la cual deben acogerse los que tengan un derecho anterior, para protegerlo en aquellos casos en que el nuevo denuncia tienda a obtener la apropiación del mismo territorio minero, por abarcarlo en

todo o parte dentro de las direcciones anotadas y previamente señaladas. Las otras normas, que igualmente consagran la facultad de oponerse a la posesión de una mina denunciada, revisten carácter especial y están destinadas a resolver y regular ciertos casos típicos de oposición, según que el opositor tenga la condición de anterior avisante o descubridor, para casos de colisión simultánea de denuncios, o para el caso ya más singularizado de simple colindante.

En este último evento, y si en realidad se contempla una situación bien definida de colindancia, es indudable para esta Sala que la oportunidad para hacer la oposición y el trámite especial y pertinente, vienen a ser los determinados en el artículo 65 del C. de M. Esto es así, por tres razones, a saber: porque sólo al darse la posesión se puede constatar sobre el terreno, al demarcarse la figura rectangular a cabuya pisada, que ésta invade en realidad parte del territorio minero ya perteneciente a otro dueño; porque contemplándose tal extremo, todavía puede el denunciante, al acto de la posesión, hacer uso de la facultad que le otorga el artículo 26 del mismo Código y variar en parte los rumbos de las líneas horizontales, a efecto de impedir que se interponga la oposición; y porque dejándose para la diligencia de posesión la oportunidad de hacer la oposición de colindante, se seguiría en tal caso un juicio de deslinde y amojonamiento que es pertinente, y de esa manera quedaba a salvo el derecho del último denunciante para obtener la adjudicación de aquella parte del mineral que no estuviera comprendida dentro de los límites del anterior dueño, avisante, denunciante o descubridor.

Pero si esto es así en el rigor de la teoría, como viene dicho, en el caso de autos se ha creado y establecido ya una situación procesal, originada de providencias judiciales ejecutoriadas y consentidas por el actor y recurrente, que consiste en que el Tribunal consideró de manera previa que la oposición de "Minas de Colombia" era de mejor derecho, como corres-

pondientes a antiguos poseedores de la misma mina denunciada por Almazán. Dicho actor acató tal decisión, por lo visto, y ejerció la forma de oposición por la vía ordinaria que consagra el artículo 382 del C. de M. Y ya enfocado de esa manera este problema procesal, no puede variarse en casación.

B.—De los elementos que arrojan los autos resulta equivocado el concepto que pretende sacar valedero el recurrente en casación, y que hace consistir en la consideración de que la sociedad opositora quiso sólo alegar su condición de colindante de la mina demandada, más no la de última poseedora de dicho mineral, con mejor derecho a su explotación. De tal argumento deduce la consecuencia de que su oposición es inválida, por estar mal dirigida y extemporáneamente presentada en el debate, y deben, por lo tanto, hacerse las declaraciones pedidas por el actor y recurrente.

La Corte considera:

El mismo actor Almazán, al presentar su denuncia, hizo presente que la mina era de antiguo descubrimiento y que ignoraba el nombre de sus antiguos poseedores. Tales aseveraciones no se compatocen con su pretensión de que la mina denunciada es distinta y apenas colindante de aquéllas sobre las cuales alega dominio anterior la sociedad demandada, pues de existir sólo un problema de colindancia que pudiera subsanarse o rectificarse durante la diligencia de posesión, con hacer uso de la atribución que concede el artículo 26 del C. de M., así lo hubiera manifestado el denunciante en su denuncia, sin aludir a últimos poseedores.

Tampoco resulta exacto que la sociedad "Minas de Colombia" hubiera hecho valer y alegado su condición de colindante. Lejos de eso, en su primer escrito de oposición se leen estos párrafos: "Esta mina, la denunciada, al dar la posesión y siguiendo las direcciones anotadas en el respectivo despacho de fecha 3 de mayo último, afecta las siguientes minas de propiedad de "Minas de Colombia".....

me opongo a esa posesión pues mis mandantes son los últimos poseedores de esas minas y en tal carácter lo hago". (Subraya la Corte).

Presume la Corte que en esa doble manifestación se fundaron tanto el juez a quo como el Tribunal, cuando en las providencias preliminares al debate, de 28 de febrero y 31 de julio de 1922, reputan que las distintas manifestaciones del opositor iban encaminadas a defender su mejor derecho en parte apreciable y extensa comprendida en la mina denunciada, por cuanto con los rumbos que llevaría la figura geométrica se afectarían considerablemente los minerales pertenecientes a "Minas de Colombia". Y de aquí se origina la resolución del Tribunal, cuando dijo desde entonces: "el debate que se inicia es de mejor derecho, pero toca al restaurador ejercitar la acción que estime jurídica".

Se pregunta ahora si el restaurador y actor Almazán aceptó esta indicación del Tribunal? La respuesta es afirmativa, pues procedió a instaurar la acción ordinaria que consagra el artículo 382 del C. de M. y que viene consagrada precisamente para el caso en que la disputa ver-se sobre mejor derecho a la adjudicación de una mina, conforme al artículo 66 de dicho código. Y adoptada esa conducta por el actor no puede la Corte rectificarla.

Son infundados los cargos quinto y sexto. Se rechazan.

El cargo séptimo versa sobre supuesta violación de los artículos 12 y 13 del Decreto ejecutivo número 761 de 1887. No debe siquiera considerarse, porque en nuestra legislación el recurso extraordinario de casación tiene como exclusivas finalidades velar por la fiel y exacta aplicación de la ley sustantiva y uniformar la jurisprudencia nacional sobre los diversos fenómenos del derecho privado. De ahí que se escapen a esta misión los preceptos reglamentarios y en general las normas ejecutivas, que sólo tendrían su operancia y aplicación en las instancias. No se acepta.

Cargo octavo

Se acusa la sentencia en este cargo porque el Tribunal consideró como demostrado el hecho de que el denunciado afectaba las minas de la sociedad opositora, fundándose en una inspección ocular; y por haber desestimado la copiosa prueba testimonial, alegando que ésta era contradictoria y discordante.

Se observa:

El Tribunal gozaba de libertad de criterio para enjuiciar y estimar las pruebas aportadas a los autos, según las reglas de la sana crítica y la tarifa legal, y la Corte no puede modificar esa decisión mientras no halle un error de hecho manifiesto o un error de derecho que justifique su determinación de infirmar el fallo acusado en casación. Algo más: ya ha dicho la Corte que no basta que se acredite una errónea, mala, imperfecta o poco técnica apreciación de las pruebas, ni es suficiente que tal apreciación sea o pueda ser distinta o contraria a la que la Corte hubiera hecho en el caso de haber fallado en instancia. Es menester algo más para que el recurso proceda. Es necesario que esa mala apreciación de prueba haya llegado a dar por resultado un verdadero, manifiesto y evidente error de hecho, que a su turno implique una infracción de la regla jurídica. Como éste no es el caso del pleito, no hay fundamento para aceptar este cargo. Se rechaza.

SEGUNDA CAUSAL**Cargos primero y segundo**

Para contestar estos cargos basta con observar que no existe la pretendida falta de concordancia entre lo pedido y lo fallado, ni menos se ha dejado de resolver en la sentencia sobre alguna cuestión o petición presentada o solicitada en el libelo.

Al efecto, en su primera súplica pide el actor que se declare que es eficaz, por su exactitud y justicia, el denunciado de la

mina "Los Alejandros número uno", por la base para la medida al dar la posesión que indican el cartel y el despacho de la Gobernación; y precisamente sobre esa cuestión versa la primera declaración de la sentencia, negando tal petición por haberse demostrado que es fundada la oposición, y dando las razones de esta negativa.

En la segunda petición solicita la declaración de improcedencia e ineficacia de la susodicha oposición, y estuvo esta cuestión igualmente resuelta en el fallo acusado. Se atuvo el fallo a lo pedido y no dejó de resolver nada de lo suplicado, ni tampoco decidió sobre cuestiones extrañas al proceso. Dentro de la lógica y natural concordancia procedimental de un debate judicial ordinario no podía proceder de otra manera el Tribunal, al acoger los elementos probatorios aportados y concluir, como lo hizo, que era fundada la oposición, y que por esa circunstancia era procedente y eficaz.

Resultan infundados estos dos cargos. Por eso motivo es de rigor rechazarlos.

F a l l o

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el veintidós de junio de mil novecientos veintiséis, 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 Hinestroza Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en pppdad.

ACCION DE PERJUICIOS — PRETENDIDA RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRA-
CONTRACTUAL — CASO FORTUITO

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

(Magistrado ponente: doctor Iscías Cepeda).

En las primeras horas de la mañana del día 15 de enero de 1938 el joven Francisco Marino Rojas, de diez y siete años de edad, se dirigía de Pereira a Andalucía (Valle del Cauca), en el autobús matriculado en Andalucía con el número 005, de propiedad de Saúl González y que manejaba el chofer Argemiro Argáez por la carretera que conduce a Cartago. Unas dos cuadras antes de llegar a la estación del ferrocarril en el sitio denominado Nacederos, el conductor del vehículo observó que a muy poca altura sobre la vía colgaban unos alambres, y como considerara que no alcanzaba a caber el carro, detuvo la marcha. Francisco Marino Rojas subió entonces sobre la capota del autobús con el fin de retirarlas, y al hacerlo murió electrocutado, pues los alambres eran conductores de enorme corriente de energía eléctrica.

El doctor Arturo Valencia Arboleda, en su carácter de apoderado especial de la señora Eudoxia Rojas, diciendo ésta obrar en su calidad de madre natural de Francisco Marino Rojas, demandó en juicio ordinario al municipio de Pereira ante el Juez Civil de ese Circuito, y pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

“a) Que la entidad demandada, como propietaria que es de la empresa de energía eléctrica de esta ciudad, es responsable de la omisión, hecho o culpa que ocasionó la muerte violenta del menor Francisco Marino Rojas;

“b) Que como consecuencia de tal responsabilidad o culpabilidad, la entidad Municipal está en la obligación de indemnizar a mi mandante los perjuicios que con la muerte de su hijo se le ocasionaron; y

“c) Que la entidad Municipal está obligada a pagar a mi mandante, dentro del término que la ley fije, el monto de esa indemnización, en la cuantía que determinen los peritos llamados a estimarla, o que de acuerdo con la norma legal general se fijen en juicio separado”.

En derecho fundó la demanda en el artículo 2341 y sus concordantes del C. C.

Surtida la tramitación de la primera instancia el Juez, por sentencia de fecha treinta y uno de mayo de mayo de mil novecientos treinta y nueve, resolvió:

1º No se hace ninguna de las declaraciones solicitadas por el doctor Arturo Valencia Arboleda en su capacidad de apoderado de la señora Eudoxia Rojas, en el libelo de demanda fechado el veintisiete de enero del año último, y en consecuencia, se absuelve al Municipio de Pereira de todos los cargos que en ese libelo se le formulan.

“2º Se condena al demandante en las costas del juicio, las cuales serán liquidadas en oportunidad”.

Este fallo lo fundó el Juez en la falta completa de pruebas de la parte demandante, quien fuera de las partidas de nacimiento y defunción de Francisco Marino Rojas, acompañadas a la demanda, no produjo ninguna otra.

Apelada dicha sentencia por el apoderado de la actora, subió el asunto al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en donde, agotada la tramitación de segundo grado, se dictó el fallo de fe-

cha quince de marzo de mil novecientos cuarenta, por medio del cual se revocó el de primera instancia y en su lugar se resolvió:

Primero: Se declara no probada la excepción perentoria de "ineptitud sustantiva de la demanda", propuesta por el apoderado de la parte demandada en la segunda instancia.

"Segundo. El Municipio de Pereira, como propietario que es de la empresa de energía eléctrica de esta ciudad, es responsable del hecho, culpa u omisión que ocasionó la muerte violenta del menor Francisco Marino Rojas.

"Tercero. Como consecuencia de tal responsabilidad o culpabilidad, el Municipio de Pereira está en la obligación de indemnizar a Eudoxia Rojas los perjuicios que con la muerte de su hijo se le ocasionaron.

"Cuarto. El municipio de Pereira está obligado a pagar a Eudoxia Rojas, dentro del término que fije la ley, el monto de esa indemnización, cuyo valor se determinará en la forma prevista por el artículo 553 del Código Judicial.

"No hay lugar a condenación en costas".

La sentencia del Tribunal estudia, en primer lugar, el carácter de la actora, y sostiene que la calidad de madre natural de Eudoxia Rojas respecto de Francisco Marino Rojas está debidamente acreditada al tenor de lo dispuesto en la parte final del artículo 2º de la Ley 45 de 1936, porque en el poder que para seguir el juicio confirió esa señora al doctor Arturo Valencia Arboleda, ella reconoció, de manera indirecta, a Francisco Marino Rojas como su hijo natural. Dice además la sentencia que no hay ineptitud sustantiva de la demanda, porque el juicio no se inició para que se indemnizaran los perjuicios ocasionados a Francisco Marino Rojas, sino directamente a la madre natural, Eudoxia Rojas.

Luégo hace el Tribunal un estudio bastante amplio, acertado y completo sobre la teoría de la culpa extracontractual y de la presunción de culpa, de acuerdo

con las doctrinas sentadas al respecto por la Corte, y termina este capítulo de su fallo, así:

"De lo anteriormente expuesto se deduce inmediatamente lo siguiente, respecto del fallo de la primera instancia:

Que no es jurídica la conclusión, o la parte resolutive de la sentencia, basada únicamente en consideraciones sobre la carga de la prueba, porque, como se ha visto, según disposición concreta de nuestra ley positiva, según repetidas jurisprudencias de la Honorable Corte Suprema y según las modernas doctrinas de eminentes hombres en el campo del derecho civil, en caso como el que se estudia no es de aplicación aquel principio: *actori incumbit probatio*.

Bien pudo quedarse el damnificado esperando, una vez probado el perjuicio y la relación de causalidad entre éste y la culpa, que el demandado excepcionara su culpa como le correspondía. Porque de no excepcionar, siéndole imputable el daño por actividad peligrosa, se imponía su condena. Pero el funcionario del conocimiento, haciendo caso omiso de los justos principios que regulan la materia, una de las más trascendentales conquistas del derecho moderno en asunto tan complejo como es el de la responsabilidad civil extracontractual, no solamente se abstuvo del estudio de la culpabilidad del demandado con fundamento en las presunciones de culpa que la dan por existente una vez causado el daño por actividad peligrosa, sino que, además, consumando mejor aún la injurisdicción de su providencia, condenó en costas al actor, al damnificado, por temeridad, agregando así al error jurídico una marcada injusticia".

La sentencia estudia a continuación las pruebas que obran en el expediente y luégo dice:

"En síntesis, no se ha probado por el Municipio el caso fortuito o la fuerza mayor. En el negocio que se estudia esta excepción es apenas la reacción natural de defensa del demandado, lo que ocurre en la mayoría de las veces, porque, como

lo ha anotado la misma Corte, 'apenas habrá concepto jurídico del que se abuse tanto como se abusa del que consiste en el accidente imprevisto e irresistible. Fuerza mayor o caso fortuito es el imprevisto a que no es posible resistir. Prever tiene en la tecnología culposa la acepción de conocer lo que vendrá y precaverse de sus consecuencias, o sea prevenir el riesgo, daño o peligro, guardarse de él y evitarlo. De ahí que cuando una persona, jurídica o natural, no evita el daño evitable, se dice que no lo previó o previno, lo cual la inhibe para alegarlo como causa de liberación, pues entonces la culpa precede y contribuye a su advenimiento'."

El recurso

Contra dicha sentencia interpuso recurso de casación el municipio de Pereira, quien se hizo representar ante la Corte por el doctor Milcíades Cortés A.

Tres cargos formula éste en la demanda de casación:

I. Violación de ley sustantiva por apreciación errónea de una prueba relativa a la calidad de madre natural de la demandante, y de hijo natural del menor Marino Rojas, habiendo incurrido el Tribunal fallador en error de derecho.

II. Violación de ley sustantiva por apreciación errónea de unas pruebas relativas a la propiedad de una planta de energía eléctrica, una de cuyas líneas, afirma el demandante, ocasionó la muerte del menor Marino Rojas, incurriendo en error de derecho.

III. Violación de ley sustantiva por falta de apreciación y por apreciación errónea de unas pruebas relativas a fuerza mayor o caso fortuito, y a la doble imprudencia de la víctima del accidente que dio lugar a la demanda y del chofer que lo conducía, habiendo incurrido por este extremo tanto en error de derecho como en error de hecho que consta evidentemente en los autos.

a) Sostiene el recurrente, en relación con el primer cargo, que el reconocimien-

to de un hijo natural es un acto bilateral, y que el Tribunal, al estimar que estaba demostrada la calidad de hijo natural de Francisco Marino Rojas con la manifestación hecha por Eudoxia Rojas en el poder que confirió para iniciar el pleito, "incurrió en el error de derecho de considerar el reconocimiento de que se trata como un acto unilateral, contra lo preceptuado claramente en el artículo 57 de la Ley 153 de 1887, que dice textualmente:

'El reconocimiento del hijo natural debe ser notificado y aceptado o repudiado de la misma manera que lo sería la legitimación según el título II del Código Civil'."

Dice el recurrente que este artículo está vigente y es de ineludible aplicación a la nueva forma de reconocimiento, o sea a la "manifestación expresa y directa hecha ante un Juez, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que lo contiene", y agrega:

"En efecto, mal podría la ley dejar a la sola y única voluntad de un hombre o de una mujer un hecho tan grave y trascendental como lo es la constitución del estado civil de hijo natural que lo incorpora a la familia del presunto padre o madre que lo reconoce, imponiéndole a la vez obligaciones múltiples, aunque también puede conferirle derechos, y tanto más si se trata, como en el caso que aquí se estudia, de un muerto, con el solo objeto de usufructuarlo".

Considera el recurrente que la sentencia viola los artículos 57 de la Ley 153 de 1887 y 242 y 244 del Código Civil, aparte de los artículos 241 y 2356 del mismo Código, que aplicó indebidamente.

b) Alega el recurrente, respecto del segundo cargo, que no está demostrado en el juicio "el derecho de propiedad que el municipio de Pereira tuviera sobre la planta de energía eléctrica de dicha ciudad y que una o varias de sus líneas conductoras de energía ocasionó la muerte de que se habló".

Dice que existen tres plantas de energía eléctrica en el Municipio de Pereira,

y que "dentro de las nociones de un sano derecho probatorio no se sabe la línea o líneas de cuál de las distintas plantas mencionadas ocasionó la muerte de Rojas".

Estima el recurrente que el Tribunal incurrió en doble error de derecho al aceptar "que el Municipio de Pereira es dueño de la empresa eléctrica que distribuye energía al caserío de Nacederos, y consecuentemente de las líneas que dieron la muerte al menor Rojas", porque así lo afirmó el Agente del Ministerio Público en una alegación de la primera instancia, cuando conforme al artículo 170 del C. J. las confesiones que hagan los Agentes del Ministerio Público no perjudican a la parte que representan, y "la confesión sobre el derecho de propiedad que corresponda al poderdante no es un hecho personal, sino un concepto sobre situación de derecho, cuya verdad no puede establecerse por medio de confesión, al tenor de lo preceptuado en el artículo 613 in fine del C. J."

Agrega que las declaraciones de testigos sirven a veces para acreditar la propiedad mueble, cuando versan sobre el contrato que sirvió de base a la tradición del derecho de dominio, siempre que su valor no exceda de \$ 500, pero que la propiedad inmueble no admite, por regla general, esta clase de prueba, salvo que se trate de hechos relativos a la ocupación, la accesión o la usucapión, etc., y que como el Tribunal aceptó también algunas declaraciones de testigos para demostrar el derecho de propiedad del Municipio de Pereira sobre la planta de energía eléctrica y sobre las líneas que causaron el accidente, incurrió por ello en error de derecho, y "en grave error de hecho que se destaca evidentemente en los autos, toda vez que, como ya se dijo, no se trajo comprobante alguno legal para acreditar la propiedad del Municipio demandado sobre la referida planta".

Considera al efecto violados los artículos 673 y concordantes y 764 del C. C. y 170 y 613 del C. J.

c) En relación con el tercer cargo dice

el recurrente que el Tribunal estimó erróneamente que las inspecciones oculares practicadas carecen de todo mérito probatorio, no obstante que la que se practicó extrajudicialmente fue ratificada, para que la contraparte pudiera formular sus observaciones y tachar a los peritos en forma legal, con lo cual violó los artículos 730, 731, 732 y 203 del C. J., "que le dan a la inspección ocular practicada fuera de juicio, como a la practicada dentro de él, un mérito probatorio que dicho Tribunal le desconoce, incurriendo en error de derecho por apreciación indebida de unas pruebas".

Después de analizar las referidas inspecciones oculares dice el recurrente:

"En efecto, de dichas pruebas aparece claramente establecido que el poste que sostenía las líneas conductoras de energía eléctrica y cuyo descolgamiento dio lugar, en parte, al accidente originario de esta litis, 'podría haber resistido el peso de ellas durante mucho tiempo y sin peligro alguno', dada 'la buena calidad de la madera'; que la ruptura del poste y la consiguiente caída de las líneas que soportaba obedecieron a una fuerza extraña, por no haberse hallado en él 'muestras de pudre, broma o cosa alguna que indique que el palo está deteriorado, y más bien, por el contrario, podemos asegurar que la madera es bastante fina y en perfecto buen estado', lo cual está corroborado con la declaración de Lázaro Vargas, quien declara que poco antes del accidente sintió el estruendo del carro que chocó contra el poste".

"Estos hechos reunidos y que está plenamente comprobados, esto es, el fuerte golpe que sufrió el poste al estrellarse contra él un carro que transitaba por el propio sitio donde estaba enterrado, la imprudencia del chofer Argáez, al situar el carro entre las líneas descolgadas, habiendo vía libre hacia la izquierda de la carretera, y la deplorable actitud del fallecido Rojas al tomar entre sus manos la línea electrificada, constituyen la intervención de fuerzas extrañas en el accidente que ocasionó la muerte de éste, lo

cual exonera al Municipio demandado de la presunción de culpa que pudiera imputársele, sino es que constituyen el caso fortuito de que habla el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, ya que todos estos hechos reunidos no podrían haber sido previstos y cuya consumación fue irresistible, toda vez que ni los reglamentos de tránsito, ni la presencia en el lugar de los acontecimientos de un agente de policía, habrían sido suficientes a evitar el estrellamiento de que se habló, de un carro contra el poste, pues aun el chofer mismo que conducía el carro y que vio su vida en peligro con tal estrellamiento, fue impotente para evitarlo”.

“Sin embargo, el Tribunal fallador dice que el chofer Argáez detuvo el carro para evitar enredarse entre las líneas, en tanto que el menor Marino Rojas, en desempeño de su oficio de ayudante, evitaba el obstáculo, sin arrojarse ni imprudencia alguna, momento en el cual recibió la muerte instantánea por descarga eléctrica, sin tomar en cuenta que en ninguna parte en los autos aparece comprobado que Rojas desempeñara en el momento en que sufrió el accidente, ni antes de él, oficios de ayudante del chofer Argáez, luégo el Tribunal con la apreciación de que se trata, incurrió en un gravísimo error de hecho, que consta evidentemente en los autos”.

“Con lo expuesto hasta aquí queda demostrado que la trilogía de que habla el Tribunal: culpa, perjuicio y vínculo de causalidad, es inoperante cuando no aparece el agente de la culpa, o cuando no se acredita el interés o derecho de quien se pretende víctima de los perjuicios que ella ocasionó. En tal virtud, la trilogía resulta incompleta, pues para que pueda prosperar una demanda como la que dio origen al juicio a que me refiero hay que acreditar plenamente el agente culpable, la culpa, los perjuicios, la víctima de éstos y el vínculo de causalidad respectivos”.

Por tanto, estima el recurrente que se violaron, por aplicación indebida, los artículos 2341 y 2356 del C. C.

Se considera:

Como la Corte encuentra fundado el motivo de casación últimamente aducido, concreta a él su estudio, prescindiendo de los otros cargos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 538 del C. J.

Hecho un cuidadoso examen del expediente, se llega a la conclusión evidente de que en el lamentable accidente que se estudia obró una fuerza extraña, o un caso fortuito, que destruye la presunción de culpabilidad del Municipio de Pereira y lo exonera de toda responsabilidad por la muerte del menor Francisco Marino Rojas.

En efecto, hay un cúmulo de hechos o de circunstancias, constitutivos de indicios, que demuestran la existencia del caso fortuito y la falta de conocimiento y de tiempo para que el Municipio hubiera podido prevenir o evitar el accidente.

Este ocurrió al rededor de las siete de la mañana del día quince de enero de mil novecientos treinta y ocho.

Los señores Gerardo Echeverri y Gerardo Marín, quienes concurrieron como peritos nombrados por el Inspector de Policía de Nacaderos al levantamiento del cadáver de Francisco Marino Rojas, dijeron, según aparece de la diligencia respectiva:

“Frente al carro (el autobús en donde se realizó el accidente), a una distancia de un metro con sesenta centímetros al lado derecho, se encuentra un pedazo de poste reventado por la mitad; veintisiete metros más adelante, por la misma dirección, se encuentra atravesado en la carretera y de Norte a Sur el resto de la cruceta o poste donde iban pegadas las primarias que se encuentran encima del carro. La carretera en el lugar de la tragedia tiene un ancho de seis metros con setenta centímetros. Dejamos constancia: que la cruceta parece haber sido reventada por el peso de las líneas y posiblemente al recibir golpe de algún vehículo”.

El chofer Argemiro Argáez, quien conducía el autobús en que ocurrió el accidente, y el pasajero Fernando González, declararon que como a las dos de la ma-

ñana del día del suceso pasaron por el sitio de él sin que encontraran las líneas caídas ni la cruceta reventada de que se ha hablado, las que sí encontraron a su regreso, como a las siete de la mañana.

Lázaro Vargas declaró el mismo día del suceso:

“Esta mañana, como a las cinco más o menos, ya me encontraba despierto cuando sentí pasar un carro y al lado de arriba sentimos un estruendo, pero no hice caso. Más tarde, seis de la mañana, me levanté y observé que al lado de arriba, hacia Pereira, a la cuadra y media más o menos, existía una cruceta de madera reventada y las primarias de la luz colgaban casi haciendo contacto con la tierra. Me dirigí a donde estaba la cruceta reventada con el fin de curiosar y a poco rato llegó al lugar el autobús número 005, matrícula de Andalucía, pero antes de éste llegar, pasó el autobús—línea diaria de Cartago—Nº 074, matrícula de Cartago, a quien le hice señas, es decir, le hice saber el peligro que existía y el chofer pasó con el debido cuidado, sin que nada le hubiera pasado. Yo inmediatamente me vine para la cantina de El Cafetal con el fin de dar aviso a la empresa eléctrica, y cuando esto hacía llegó al lugar de la tragedia el carro 005 de Andalucía y se fue metiendo por entre las líneas, sin saber sin duda qué eran primarias, y fue entonces cuando el muchacho Marino cogió las tales primarias que lo carbonizaron instantáneamente”.

Los señores Joaquín Posada y Benjamín Calderón, nombrados peritos por el Inspector de Policía de Nacaderos, rindieron el 26 de enero de 1938 el siguiente concepto:

“Tenemos a la vista una cruceta o poste reventado, que conducía líneas, de madera Laurel Peña, de seis metros de dimensión. Tiene señales claras de haber estado enterrado, es decir, bajo la tierra, un metro. La quebradura o ruptura está en la parte alta, solo cuatro metros treinta centímetros. A una altura de dos metros, después de lo enterrado, tiene señales visibles de pintura azul, indicativas de

que el poste sufrió un fuerte golpe de carro o camión, lo que hizo que el palo se partiera por la parte más delgada, es decir, por la parte alta. Examinamos la madera y no hallamos muestras de pudre, o broma o cosa alguna que indique que el palo estaba deteriorado y más bien, por el contrario, podemos asegurar que la madera es bastante fina y en completo buen estado. Es decir, que dicho poste podría haber resistido el peso de las líneas conductoras de energía durante mucho tiempo y sin ningún peligro, según la buena calidad de la madera. Para concluir podemos asegurar que sólo mediante un fuerte golpe dado al susodicho poste pudo éste romperse”.

Del concepto pericial rendido por los señores doctor Francisco Monsalve S. y Ernesto Gallo, en la diligencia practicada el 20 de mayo de 1938 en el sitio en que ocurrió el accidente, se deduce que la carretera, en ese punto, tiene una anchura de ocho metros treinta centímetros hábiles para el paso de vehículos; que del eje de la carretera al sitio preciso en que estaba enclavado el poste que se rompió, hay una distancia de cuatro metros quince centímetros; que en ese mismo sitio la carretera está convenientemente balastada; y que descontando el espacio que ocupaba el autobús número 005 al ocurrir el accidente, quedaba en la carretera un espacio libre de cinco metros diez centímetros, utilizable para el tránsito de vehículos.

El señor Gonzalo Mejía Echeverri, Inspector de Policía de Nacaderos, declaró:

“Es verdad que el día quince de enero de este año, cuando ocurrió el desgraciado accidente en el cual perdió la vida el muchacho Marino Rojas, siendo yo inspector y habiéndome tocado intervenir en la diligencia de levantamiento del cadáver, etc., al dar el respectivo aviso a los altos funcionarios del municipio, Personero, Tesorero, Gerente de Rentas y empleados de la energía eléctrica, todos procedieron con gran actividad, suprimiendo inmediatamente la fuerza y reparando el daño con la mayor acuciosi-

dad, a fin de evitar posteriores perjuicios, tanto a los transeuntes como a la misma empresa, que se veía privada del importante servicio de luz y fuerza por motivo del daño ocasionado con la ruptura del poste que ocasionó el descuelgue de las líneas y por tanto la tragedia lamentable de que se ha hablado”.

El señor Leonel Meira, chofer de profesión, declaró:

“Es verdad que en la mañana del día antes citado pasé por el lugar donde se suscitó el accidente donde perdió la vida el muchacho de nombre Marino Rojas, antes de que se sucediera el accidente y es verdad que cuando yo pasé por ese sitio pude hacerlo sin obstáculo o tropiezo alguno, pasando por un lado, pues aunque las cuerdas que conducen la energía eléctrica estaban bajas debido a la ruptura de un poste, la carretera en ese punto daba vía libre suficiente para pasar tal como yo lo hice. Es verdad que sólo dirigiendo el vehículo sin cuidado, por el lado derecho de la carretera bajando hacia Cartago, podía presentarse el accidente ya mencionado, pues girando un poco hacia la izquierda podía pasarse por la carretera sin peligro de tocar los alambres que conducían la energía, pues aunque éstos estaban tan bajos que tocaban la capota de un carro común, quedaba por el lado izquierdo campo suficiente para pasar sin obstáculo”.

En los mismos términos, más o menos, declaró el señor Luis E. Vélez, también chofer de profesión.

Se deduce de lo expuesto:

Que el poste o cruceta que sostenía las líneas de la energía eléctrica en el sitio en donde ocurrió el accidente era de madera fina, que estaba en perfecto buen estado y que se rompió sin duda por haber recibido un golpe fuerte, ocasionado por algún vehículo en las primeras horas de la madrugada del día 15 de enero de 1938; que no obstante haberse descolgado las líneas por la ruptura del poste, la carretera daba campo suficiente para que pasara cualquier vehículo, sin obstáculo o peligro alguno, como en efecto

pasaron varios; que el chofer Argemiro Argáez, conductor del autobús número 005 en que ocurrió el accidente, se metió imprudentemente entre las líneas descolgadas, habiendo podido evitar el peligro; que la empresa de energía eléctrica no tuvo conocimiento de la ruptura del poste sino después de ocurrido el accidente, y no hubo, por lo mismo, tiempo para que hubiera podido evitar o prevenir el peligro que implicaba el descolgamiento de las líneas, dado que según todas las probabilidades sólo transcurrió muy poco tiempo entre la ruptura del poste y el momento en que ocurrió la muerte de Francisco Marino Rojas; y que éste se expuso imprudentemente a sufrir el daño, dado que no estaba obligado a remover el obstáculo que ofrecían las líneas descolgadas, pues no era empleado ni obrero al servicio del dueño del vehículo, ni del chofer que lo conducía, sino un pasajero ocasional, sin obligaciones de ayudante. Este error de conducta daría lugar, aun en el evento de deducirse responsabilidad contra el Municipio, a una reducción total, suficiente para compensar el daño, conforme a lo dispuesto en el artículo 2357 del C. C.

Todo esto pone de manifiesto la existencia de un verdadero caso fortuito, que, como atrás se dijo, destruye la presunción de culpabilidad del Municipio de Pereira y lo exonera de toda responsabilidad por la muerte del menor Francisco Marino Rojas.

De los peritos y declarantes citados en el examen de pruebas que se hizo anteriormente, dice el Tribunal que está demostrado que los señores Joaquín Posada, Gerardo Echeverri y Gonzalo Mejía Echeverri eran empleados municipales, por lo cual están impedidos conforme al artículo 669 del C. J.

A esto debe replicarse que los dos primeros rindieron un concepto pericial y no una declaración como testigos, por lo cual sólo podían ser tachados en la forma que indican los artículos 708, 709 y 710 del C. J., lo que no se hizo.

Respecto del señor Gonzalo Mejía Eche-

verri, era el Inspector de Policía de Nacederos y como tal intervino en todas las diligencias correspondientes. Además, el dicho de él, relativo a que la empresa de energía eléctrica sólo tuvo conocimiento de la ruptura del poste después de ocurrido el accidente, aparece corroborado por lo que en el mismo sentido declaró Lázaro Vargas.

Los demás peritos y testigos aparecen libres de toda tacha, y sus conceptos y declaraciones deben apreciarse por el juzgador, de acuerdo con lo establecido en los artículos 601 y 723 del C. J.

De lo dicho se concluye que el cargo que se ha venido estudiando es aceptable, y en consecuencia, debe infirmarse la sentencia recurrida, para confirmar la de primera instancia, con la modificación indispensable para no condenar en costas a la parte demandante, porque esa condenación no se justifica por ningún concepto, y sin que sea necesario entrar en nuevas consideraciones al fallar en instan-

cia, porque todo lo expuesto sirve de fundamento al respecto.

En mérito de las consideraciones que preceden, 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 dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira con fecha quince de marzo de mil novecientos cuarenta, y en su lugar confirma la de primer grado, con la modificación de que no se condena en costas a la parte demandante.

Sin costas en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestroza Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en pppdad.



MANDATO. — DENUNCIO CRIMINAL.

1.—Todo negocio u operación de carácter patrimonial puede ser objeto del mandato, con tal que no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres; pero es natural que el negocio tenga como materia alguna transacción, operación o gestión en general de naturaleza civil o comercial, porque los negocios propios del mandato son ordinariamente actos jurídicos, como, v. gr., contratos, cancelaciones, cobranzas, administración de un patrimonio, representaciones en juicio activas y pasivas y otras de similar o parecida índole, actos que el mandatario ejecuta a nombre y por cuenta y riesgo del mandante. La recta ejecución del mandato comprende no sólo la sustancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a efecto (artículo 2160 C. C.). También responde el mandatario personalmente a los terceros de los actos delictuosos que cometa con ocasión del desempeño del mandato. 2. — En tesis general, y salvo estipulación clara y expresa entre mandante y mandatario, o de poder claramente otorgado para determinado caso, la presentación de un denuncia criminal contra terceros es asunto de índole estrictamente personal del denunciante, que compromete exclusivamente su responsabilidad. Un poder general conferido para negocios no puede por sí sólo autorizar al mandatario para mover la justicia penal a nombre de su mandante, ya que éste no pudo tener la voluntad ni la intención de facultarlo para realizar un acto de esa índole, sino por medio de una manifestación expresa y clara contenida en el mandato. Aunque todo

mandatario está obligado a vigilar y proteger los intereses patrimoniales que se le han encomendado, no es siquiera aceptable que proceda a establecer denuncios criminales en defensa de tales intereses, porque en tal caso puede ejercitar todas las acciones judiciales y adelantar las gestiones que sean conducentes hasta obtener ese resultado, sin necesidad de acudir a un medio tan extraño a la esencia del mandato y tan dado a producir efectos que puedan en ocasiones comprometer la responsabilidad y el interés patrimonial del mandante.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Civil — Bogotá, abril diez y siete de mil novecientos cuarenta y uno:

(Magistrado ponente doctor: Fulgencio Lequerica Vélez).

Juicio ordinario

Los señores Roberto Franco S., Guillermo y Humberto Franco A., en escrito de 10 de junio de 1935, demandan a Jesús Atehortúa para que previos los trámites de un juicio ordinario, se hagan las siguientes declaraciones: 1ª Que Atehortúa debe a los demandantes la suma de diez mil pesos (10.000.00), como indemnización de perjuicios causados por el denuncia criminal que contra ellos formuló su apoderado José Jaramillo R., ante el Inspector de Policía de Palmira, el 11 de abril de 1932; 2ª Que debe pagar esa cantidad dentro del término que señale la sentencia; y 3ª Que debe pagar las costas del juicio, si se opone.

Subsidiariamente a esas peticiones solicita que el demandado debe pagar a los

actores, conjuntamente, como indemnización de perjuicios, la suma de dinero que dentro de este juicio se compruebe.

Fundaron su demanda en los hechos que pasan a extractarse y que sirven de antecedentes al litigio:

Que José Jaramillo R., como apoderado de Jesús Atehortúa, denunció a los actores ante el Inspector de Policía de Palmira por el delito de estafa; que como inmediata consecuencia fueron encarcelados, permaneciendo detenidos Roberto y Guillermo Franco A., hasta el 16 del mismo abril, y Humberto Franco hasta el 24 de julio de dicho año de 1932; que el Juez Superior de Cali sobreseyó definitivamente a favor de los tres sindicatos, sobreseimiento que fue confirmado por el Tribunal Superior el 1º de octubre de aquel año; y que Jaramillo R., obró como apoderado de Jesús Atehortúa, ya que éste le otorgó poder para representarlo ante cualesquiera corporaciones, funcionarios o empleados del orden judicial o administrativo, en cualesquiera juicios, actuaciones, actos, diligencias o gestiones. Agrega como hechos fundamentales que entre la sociedad Franco Hermanos & Cía. y Atehortúa se celebró un convenio conforme al cual aquella compraba cacao para éste, quien remesaba el correspondiente precio. Tal negocio se movió entre el 24 de julio de 1929 al 13 de febrero de 1932, y durante ese término la mencionada sociedad cumplió estrictamente sus compromisos, hasta principios de febrero de 1932, en que por un caso fortuito no pudo hacer el último despacho de cacao que se había convenido.

El pleito fue fallado en primera instancia por el Juez 3º Civil del Circuito de Manizales, en sentencia de 5 de noviembre de 1938, en la cual absolvió al demandado de todos los cargos formulados contra él. Se fundó el juez a quo en dos consideraciones, a saber: en que no se acreditó la existencia de los perjuicios, ya que dos de los peritos dictaminaron que no hallaron en el expediente ningún elemento que sirviera de apoyo a esa pretensión y a la regulación de tales perjuicios; y en

que falta la imputabilidad del hecho calificado como dañoso a cargo del demandado, como lo exige el artículo 2356 del C. C., ya que no aparece establecido que el demandado o su apoderado tuvieran intención maliciosa de perjudicar con su denuncia a los actores, sino que el denunciante obró con buena fe que excluye el dolo y actuó también en ejercicio de un derecho. No estudió el Juzgado el aspecto del mandato conferido por Atehortúa a Jaramillo.

La sentencia acusada

En virtud de apelación de los actores correspondió conocer de la segunda instancia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, entidad que la falló en sentencia definitiva de 14 de julio de 1940, confirmatoria en todas sus partes de la providencia recurrida.

En ese fallo de segundo grado, que viene a ser el acusado en casación, ratifica el Tribunal el concepto del juez de instancia de que al tenor de los dictámenes periciales no se han comprobado el origen ni la existencia de los perjuicios que alegan los actores. Pero fuera de esto, agrega el Tribunal que el demandado Atehortúa no es responsable en forma alguna de esos supuestos perjuicios derivados del denuncia criminal y de la privación de la libertad de los actores, porque el poder que confirió a Jaramillo, el denunciante, por escritura pública número 373 de 1930, Notaría 1ª de Manizales, no lo facultaba ni remotamente para ejercitar esta clase de acciones criminales, ya que en la cláusula 7ª sólo lo autorizaba para representarlo en todas aquellas gestiones que se relacionaban directamente con sus negocios civiles; y no cabe duda de que sólo a eso se le limitó el mandato. Por lo demás, apunta el Tribunal que no aparece constancia en los autos de que Jaramillo, como apoderado de Atehortúa, se haya constituido como acusador particular de los actores en esa investigación.

Termina el Tribunal sosteniendo que "de acuerdo con el artículo 39 de la Ley

69 de 1896 y 9º de la Ley 92 de 1920, la acción civil para reparar el daño requiere previo fallo de la acción criminal. Esto quiere decir que Atehortúa, suponiendo su autorización por medio del poder para elevar el denuncia, mientras no sea condenado por el delito que hubiera cometido, no puede exigírsele reparación por perjuicios. Pero, si como ya se estableció antes, que no autorizó, ni siquiera sugirió que se denunciara a los Franco, no puede establecerse ni remotamente que faltara a la verdad, pues ni siquiera fue el denunciante, lo que viene a producir la conclusión de que la demanda instaurada no puede prosperar en este juicio, por lo cual la sentencia que se revisa debe confirmarse”.

Alude el Tribunal a que esta Corte, en sentencia de casación de 20 de noviembre de 1935 sostuvo la doctrina anterior, que luégo ha reafirmado en forma constante. (G. J. números 1.908-1.909, página 329).

Recurso de casación

No se conformaron con esa decisión los actores y se alzaron en casación contra la sentencia del Tribunal, acusándola por el primer motivo de los consagrados en el artículo 520 del C. J., esto es, por violación de la ley sustantiva, en su doble forma de infracción directa y falta de aplicación. Procede ahora extractar la argumentación en que funda el recurrente sus tachas.

Primer cargo.—Acusa el fallo como violatorio, por infracción directa y falta de aplicación, de los artículos 1505, 2142, 2150, 2156, 2160, 2167 y 2186 del C. C., que se relacionan con el mandato, su administración, los efectos que este produce y la situación jurídica en que se coloca el mandante. La violación proviene de la apreciación errónea del mandato conferido por Atehortúa a Jaramillo, con lo cual el Tribunal incurrió en error de derecho que lo indujo a prescindir de aplicar esos textos legales.

Critica el recurrente la manifestación

del Tribunal de que Atehortúa sólo facultó a Jaramillo para llevar su representación en aquellas gestiones o negocios de carácter meramente civiles, cuando de acuerdo con la cláusula séptima de la escritura de mandato el mandatario podía intervenir “en cualesquiera juicios”. No es posible a su decir, limitar el alcance de esa estipulación, y hubo error de hecho manifiesto y de derecho en su interpretación, con violación de los preceptos invocados.

Segundo cargo.—Considera el recurrente que el fallo viola igualmente, por infracción directa o falta de aplicación, los artículos 1613 y 1614, 2341, 2343 y 2358 del C. C., disposiciones relativas a la responsabilidad imputable al que ha incurrido en una culpa o delito, y al carácter y naturaleza del daño de donde se generan los perjuicios indemnizables.

Al presentar este cargo combate la tesis del Tribunal sobre inexistencia de esa culpa cuando dice “que ese acto está comprendido en el derecho y la obligación de todo ciudadano para coadyuvar a la investigación de los delitos; y más adelante cuando agrega la sentencia acusada que “el denunciante no tiene necesidad de constituirse en parte ni se obliga a probar su afirmación por el hecho del denuncia contra persona determinada”.

Desarrolla luégo la doctrina sobre el abuso de los derechos, para concluir que en este caso aparece debidamente configurado este fenómeno. Agrega que para deducir la responsabilidad civil del demandado no es necesario ventilar un juicio criminal, en el curso del cual se demuestra la comisión del delito de perjurio o de falso declarante, porque aquí no se trata de la responsabilidad originada del daño causado por un delito, cuyo autor haya sido condenado por la justicia, sino de aquella otra responsabilidad surgida del daño causado a virtud de una culpa extracontractual.

Tercer cargo.—Acusa el fallo por infracción directa o falta de aplicación, de los mismos textos legales indicados en el cargo anterior, estimando que esta otra

infracción provino de errónea apreciación de la cláusula séptima del contrato de mandato, lo que indujo al fallador a cometer error de hecho y error de derecho en la interpretación de tal estipulación contractual.

Critica el recurrente la conclusión negativa a que llegó el Tribunal en orden a la existencia y cuantía de la indemnización y sostiene que hizo un análisis muy superficial de las pruebas testifical y pericial relativas al monto de los perjuicios y por eso las interpretó de manera equivocada.

Dice, además, que existe en los autos otro documento trascendental, que ni siquiera se preocupó por mencionarlo y tomarlo en consideración el Tribunal, y es el acta de inspección ocular en los libros de contabilidad de Franco Hermanos & Cía., realizada por juez comisionado el 15 de octubre de 1936, en la cual consta el movimiento de la cuenta de esa entidad con el demandado Atehortúa, desde el 24 de junio de 1929 hasta el 13 de febrero de 1932, fecha en que se suspendieron los negocios. Esa prueba documental demuestra que las vinculaciones jurídicas con el demandado eran de índole absolutamente civil y que el incumplimiento posible de los actores podía originar una obligación civil, pero nunca un dolo atribuido en el denuncia criminal. Estima que se perpetró error de hecho en la apreciación de esas pruebas —la testimonial y pericial— y hubo falta de apreciación de esta última.

Estudio de los cargos

— I —

Entre los numerosos razonamientos que hace el Tribunal para fundamentar el fallo acusado, es indudable que le sirve de columna básica y soporte principal para la absolución del demandado, el siguiente, que ataca en casación el recurrente: que el denuncia criminal contra los actores lo presentó Jaramillo y no el opositor Atehortúa; y que el primero no pudo proce-

der en ese caso como mandatario del segundo, aun cuando así lo dijera en el denuncia, porque el poder general para negocios que le fue otorgado por escritura número 373 de 1930, no lo facultaba para gestiones, actuaciones o iniciativas de índole penal, tan extrañas por su esencia y finalidades a la naturaleza del mandato recibido.

Al efecto, según la definición que a esta convención da nuestro Código Civil, el mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera (artículo 2142).

Todo negocio u operación de carácter patrimonial puede ser objeto del mandato, con tal que no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres; pero es natural que el negocio tenga como materia alguna transacción, operación o gestión en general de naturaleza civil o mercantil, porque los negocios propios del mandato son ordinariamente actos jurídicos, como v. gr., contratos, cancelaciones, cobranzas, administración de un patrimonio, representaciones en juicio activas y pasivas y otras de similar o parecida índole, actos que el mandatario ejecuta a nombre y por cuenta y riesgo del mandante.

La recta ejecución del mandato comprende no sólo la sustancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a efecto (artículo 2160). También el mandatario responde personalmente a los terceros de los actos delictuosos que cometa con ocasión del desempeño del mandato.

La presentación de un denuncia criminal para mover el imperio punitivo del Poder Público, es por su naturaleza un acto de carácter personal y de libre y espontánea iniciativa del denunciante, que en la generalidad de los casos sólo puede originar o hacer consecuencias para la persona que lo presenta; por otra parte, es un deber cívico de cooperación ciudadana, para el mantenimiento del orden jurídico y social que ha podido ser quebrantado.

tado por la comisión de un delito. El denunciante cumple con su deber poniendo en conocimiento de la autoridad los hechos para que se investiguen, y en tal caso, asume la responsabilidad de tal acto para el caso de que haya podido extralimitar esa función social que le imponen nuestras leyes de procedimiento penal.

De ahí que el artículo 1614 del abolido código procesal en materia penal, vigente a la época en que ocurrieron los hechos que originaron este litigio, disponía: "Todos los colombianos, con las excepciones establecidas en los artículos 90 y 656 del Código Penal de la Unión (Ley 112 de 1873), están obligados a denunciar a los funcionarios de instrucción pública los delitos o culpas que sepan que se han perpetrado, siendo éstos o éstas de aquellos en que puede y debe procederse de oficio, y a dar sobre los mismos todas las noticias que tengan y puedan servir para comprobar el hecho y descubrir los delinquentes o culpables".

Se deduce de lo expuesto que en tesis general, y salvo estipulación clara y expresa entre mandante y mandatario, o de poder claramente otorgado para determinado caso, la presentación de un denuncia criminal contra terceros es asunto de índole estrictamente personal del denunciante, que compromete exclusivamente su responsabilidad. Un poder general conferido para negocios no puede por sí sólo autorizar al mandatario para mover la justicia penal a nombre de su mandante, ya que este no pudo tener la voluntad ni la intención de facultarlo para realizar un acto de esa índole, sino por medio de una manifestación expresa y clara contenida en el mandato.

Bien sabido es que todo mandatario, en el campo del derecho civil, está obligado a vigilar y proteger los intereses patrimoniales que se le han encomendado. Pero no es siquiera aceptable que proceda a establecer denuncias criminales en defensa de tales intereses, porque en tal caso puede ejercitar todas las acciones judiciales y adelantar las gestiones que sean conducentes hasta obtener ese resultado,

sin necesidad de acudir a un medio tan extraño a la esencia del mandato y tan dado a producir efectos que puedan en ocasiones comprometer las responsabilidades y el interés patrimonial del mandante.

— II —

La cláusula séptima de la escritura que contiene el poder conferido por Atehortúa a Jaramillo es de este tenor: "Para que represente al poderdante ante cualesquiera corporaciones, funcionarios o empleados del orden judicial o del administrativo en cualesquiera juicios, actuaciones, actos, diligencias o gestiones en que el poderdante tenga que intervenir directa o indirectamente, sea como demandante o como demandado, o como coadyuvante de cualesquiera de las partes; o sea para indicar o seguir tales juicios, actuaciones, actos, diligencias o gestiones. Para representarlo ante corporaciones, funcionarios o empleados del orden judicial o administrativo en todo juicio, actuación, diligencia o gestión, en donde el poderdante tenga que actuar como demandante, demandado, coadyuvante".

Salta a la vista que la estipulación transcrita no contiene ni puede contener una autorización, ni siquiera tácita, para presentar contra persona alguna denuncia criminal, menos para constituirse en acusador particular en un proceso. El mandato conferido, aun siendo de carácter general, se refiere únicamente a la realización de actuaciones, actos o diligencias de carácter civil ante los funcionarios públicos de cualquier orden, que tiendan a la defensa judicial o administrativa de intereses patrimoniales, y exclusivamente en los casos en que el poderdante tenga que actuar como demandante, demandado o coadyuvante. Razón tiene el Tribunal cuando dijo en la sentencia "que el mandante sólo pretendió facultar a Jaramillo R., para representarlo en todas aquellas gestiones que se relacionaran directamente con sus negocios civiles, pues no cabe duda de que allí se le limitó el mandato (artículos 2156 a 2158 del C. C.).

— III —

Se deduce de lo expuesto que el Tribunal no cometió error de hecho manifiesto, ni menos error de derecho en la interpretación del sentido y alcance de la cláusula séptima del mandato. En consecuencia, no se han violado, por ningún concepto, los preceptos legales citados por el recurrente y que se refieren a la administración del mandato, a los efectos que éste produce y a la situación jurídica en que se coloca el mandante.

Tampoco se han infringido las normas que regulan la responsabilidad civil extracontractual por culpa imputable al demandado. Por esa razón y quedando en pie e incólume el soporte básico del fallo acusado, no es necesario entrar a estudiar el aspecto relativo a si la presentación de un denuncia criminal entraña en determinados casos un abuso de los derechos, fuente de responsabilidad civil, y la consiguiente indemnización. Igualmente resulta impertinente decidir si el hecho de constituirse acusador particular en un proceso criminal puede originar dicha responsabilidad.

Es suficiente con que al demandado no pueda imputársele la comisión del hecho

en que se funda la supuesta responsabilidad para que ésta no exista y la demanda resulte inepta en su origen e incapaz de producir los resultados esperados por la parte actora.

Fallo

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales el catorce de junio de mil novecientos cuarenta, que ha sido materia del 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 Rincón, Srio. en ppdd.

SE DECLARA EJECUTORIADA LA SENTENCIA RECURRIDA

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

Informa el señor Secretario que la parte interesada en el presente juicio, no ha suministrado el papel sellado para la actuación y que van corridos más de sesenta días desde su llegada a la Corte, por lo cual, teniendo en cuenta el inciso segundo del artículo 353 del Código Judicial, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad

de la ley declara ejecutoriada la sentencia pronunciada por el Tribunal de Cartagena con fecha veintitrés de julio de mil novecientos cuarenta, materia del recurso.

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.

ACCION SOBRE INEFICACIA DE UNOS TITULOS

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Antecedentes.

Aparece de las escrituras públicas 662 de 31 de agosto de 1903 y 594 de 6 de septiembre de 1904, corridas ante el Notario 2º de Soatá, que Pablo Ruiz dio en "venta real y enajenación perpetua" a Luis Mojica los derechos y acciones que por gananciales o a cualquier otro título le correspondan o puedan corresponderle a aquél en la sucesión de su esposa Tránsito Quintero.

Resurrección Ruiz, hija de Pablo Ruiz y de Tránsito Quintero vendió a Jorge E. Niño las dos terceras partes de sus derechos que le correspondan en la herencia de sus padres. (Escritura 29 de 19 de marzo de 1931, de la Notaría de Boavita). Jorge E. Niño vendió a Octavio Fuentes la mitad de la tercera parte de los derechos y acciones que había comprado a Resurrección Ruiz. (Escritura 266 de 31 de agosto de 1934, de esta Notaría).

Con estos títulos se presentó Fuentes y demandó a los herederos y sucesores de Pablo Ruiz y Tránsito Quintero y a los de Luis Mojica para que se declare que las escrituras 662 y 594 ya citadas no tienen fuerza legal para transmitir a Luis Mojica los derechos y acciones que le compró a Pablo Ruiz y que tales títulos son ineficaces por no estar registrados en el Libro número 2º de la oficina respectiva. Como consecuencia de lo anterior pidió que se declare nulo y sin ningún efecto el auto de 10 de agosto de

1931 dictado en el juicio de sucesión de Pablo Ruiz y Tránsito Quintero por el Juez de Circuito de Soatá y en el cual reconoció a Luis Mojica subrogado en los derechos y acciones que le correspondían a Pablo Ruiz en la sucesión de su esposa.

Sentencia de primera y segunda instancia

El Juez de Circuito de Soatá en sentencia de 8 de enero de 1939 negó las declaratorias de inexistencia o ineficacia de los títulos de Mojica, y declaró nulo el auto dictado en el juicio de sucesión doble de Pablo Ruiz y Tránsito Quintero, por el cual se declaró a Mojica subrogado en los derechos que le puedan corresponder a Ruiz en la sucesión de su esposa.

Ambas partes apelaron de la sentencia, y el Tribunal Superior de Santa Rosa decidió el 21 de mayo de 1940 favorablemente todas las peticiones de la parte actora, reformando así la resolución de primer grado.

Contra ese fallo interpuso recurso de casación la parte demandada, recurso que pasa a fallarse.

Apoyado en la causal primera del art. 520 del C. Judicial, el recurrente hace varios cargos a la sentencia, de los cuales se estudiará sólo el primero, que a juicio de la Corte es suficiente para casar el fallo.

Dicho cargo consiste en violación, por no aplicación al caso del pleito, de los artículos 1008, 1155, 1377 y 1411 del C. Civil, por cuanto el Tribunal no apreció el hecho plenamente establecido de que el demandante, Octavio Fuentes, representa jurídicamente a la persona del señor Pablo Ruiz, sucediéndole en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, en la proporción correspondiente a la cuota de

derechos y acciones adquiridos por él en la sucesión respectiva. Si Fuentes adquirió del subrogatario de un heredero de Pablo Ruiz una cuota en la sucesión de éste, quedó colocado en el lugar de ese heredero del causante sucediendo a éste por lo tanto en sus derechos y obligaciones transmisibles. Si Pablo Ruiz carecía de acción para pedir la invalidación de las escrituras mencionadas, su sucesor, señor Fuentes, también carece de dicha acción.

La Corte considera: Aparece de la escritura 92 de 19 de marzo de 1931, corrida ante el Notario de Boavita (fojas 19 vta. del cuaderno número 2), que Resurrección Ruiz, hija y heredera de Pablo Ruiz y cuya calidad no se discute, vendió a Jorge E. Niño las dos terceras partes de los derechos y acciones que le correspondan o puedan corresponderle en la herencia de sus padres Pablo Ruiz y Tránsito Quintero. Aparece igualmente de la escritura 266 de 31 de agosto de 1934 de la Notaría de Soatá, que Jorge E. Niño vendió por veinte pesos a Octavio Fuentes la mitad de la tercera parte de los derechos y acciones que le correspondan o puedan corresponderle en la sucesión de Pablo Ruiz y Tránsito Quintero y que había obtenido por compra a Resurrección Ruiz según la escritura antes mencionada (fojas 15 *ibid.*). Apoyado en esos títulos y en virtud de haberlo solicitado, el Juez 2º del Circuito de Soatá, donde cursan las sucesiones acumuladas de Pablo Ruiz y Tránsito Quintero, reconoció por auto de 28 de septiembre de 1934 a Octavio Fuentes como cesionario de Jorge E. Niño en los derechos y acciones que en las mencionadas sucesiones le correspondan a éste.

El Tribunal no enfocó su sentencia ante los elementos probatorios que acaban de citarse, los que no tuvo en cuenta, en lo cual incidió en error de hecho; ni dedujo las consecuencias jurídicas y legales que en virtud de esas pruebas deben deducirse respecto del demandante Fuentes, en lo cual cometió error de derecho.

La anterior proposición tiene los si-

guientes fundamentos: La calidad o carácter de subrogatario del demandante Fuentes está plenamente establecida en los autos y esa calidad lo ha convertido en sucesor de Pablo Ruiz en sus derechos y acciones transmisibles (artículos 1008 y 1155 del C. Civil). Tiene, pues, Fuentes, en la cuota hereditaria de que es dueño, los mismos derechos y también las mismas obligaciones del causante Pablo Ruiz. Ahora bien: éste vendió su derecho a los gananciales a Luis Mojica y esa venta le imponía al vendedor ciertas obligaciones como era la de hacerle la tradición de lo vendido, hacer registrar la escritura de venta debidamente, obligación que como es obvio, pesa sobre el vendedor, porque constituye la entrega.

Así como Ruiz no hubiera podido aprovecharse de su negligencia o descuido en hacer registrar la escritura debidamente, para pedir la invalidez del contrato fundado en esa causa, porque nadie puede alegar su propia culpa para no cumplir un contrato, de la misma manera Fuentes, que representa hoy a Ruiz, no puede ejercitar una acción, como la entablada en este pleito, que le estaba vedada a su causante Ruiz. Aún más: Si la obligación de hacer registrar las escrituras en que consta la venta de los derechos y acciones de Ruiz a Mojica pesaba sobre el vendedor, esa obligación siguió pesando efectivamente sobre los herederos de Ruiz, entre los cuales está el demandante Fuentes, luego mal puede éste pedir la invalidez de tales escrituras, por el incumplimiento de hacer la tradición, porque quienes debieron cumplir oportunamente con ese deber eran y son los herederos de Ruiz. Las obligaciones y derechos del causante pasan a sus herederos y sabido es que un cesionario de derechos y acciones ocupa el puesto del heredero de quien ha adquirido esos derechos, y al ocuparlo queda comprometido, en lo que le corresponde, al cumplimiento y pago de las obligaciones del causante, de la misma manera que queda investido de la acción para reclamar y hacer efectivos los derechos de aquél.

Si pues el Tribunal fallador no tuvo en cuenta lo anterior y ésta era la cuestión básica del litigio, el cargo que se estudia es fundado y da motivo por lo tanto para casar la sentencia recurrida sin que sea necesario el estudio de ninguna otra cuestión, estudio inoficioso, desde luego que al demandante no le compete ni podía ejercitar la acción que ha deducido en este juicio. La casación del fallo impone también la revocatoria de la sentencia de primer grado, por cuanto aun cuando el Juez a quo no accedió a una de las peticiones de la demanda, no obstante partió de la base de la existencia de una personería en el demandante, de que carece, por lo que queda expuesto, y decretó otra de esas peticiones.

En virtud de lo anterior, 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 FALLA:

Niéganse, por carencia de acción en el demandante, todás las peticiones de la demanda y absuélvese, por lo tanto, de los cargos de ella a la parte demandada.

Sin costas en el juicio ni en el recurso.

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

— Liborio Escallón—José Miguel Arango.
Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza.
Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppadad.

RECURSO DE HECHO.— RECURSO DE QUEJA.

1.—No es procedente el recurso de hecho mientras no haya sido denegada por el Tribunal la concesión del de casación. — 2.—El recurso de queja, como está inequívocamente establecido en el Código de procedimiento civil, se concede es respecto del Juez, para hacer efectiva la responsabilidad en que haya incurrido por violación de la ley en los casos definidos en el C. P., pero en manera alguna para obtener la revocación o la reforma de resoluciones judiciales.

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

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca)

El recuento de los antecedentes de la actuación que ha culminado en este mal llamado recurso de hecho pone de manifiesto los elementos y razones para su decisión:

En memorial de 5 de diciembre de 1939 Manuel José Arango, en su calidad de parte, y Luis Felipe Arango como tercero lesionado por el fallo, pidieron al Tribunal Superior del Distrito de Medellín aclaración de la sentencia definitiva proferida el 28 de octubre en el juicio ordinario seguido por Francisco González y Víctor Manuel Delgado contra Manuel José Arango sobre reivindicación de una cuota de dominio en un inmueble y manifestaron, para el caso de que no se accediera a la aclaración, que interponían el recurso de casación.

El Tribunal, en auto del 24 de enero de 1940 y apoyado en el artículo 482 del

C. J. negó el primer pedimento; y en cuanto al recurso de casación interpuesto, dispuso, de acuerdo con el artículo 524 de la ley 105 de 1930, que se avaluara la acción por peritos que designó, para luego, en vista del avalúo, decidir sobre su concesión.

Pidieron los memorialistas reposición de esta providencia, tanto en lo relacionado con la solicitud de reforma de la sentencia como en lo referente a la concesión del recurso, y subsidiariamente interpusieron recurso de hecho, para lo cual solicitaron la expedición de las copias correspondientes. A este memorial recayó el auto de fecha 9 de octubre de 1940, en que el Tribunal negó la reposición de su providencia del 24 de enero, lo mismo que el recurso de hecho interpuesto en subsidio, por considerarlo extemporáneo.

Contra esta resolución interpusieron entonces los memorialistas el recurso de queja, para obtener la expedición de las copias denegadas; y el Tribunal, en auto que lleva fecha 4 de diciembre de 1940, anuló su providencia del 9 de octubre citada en cuanto se refiere al recurso de hecho y ordenó la expedición de las copias pertinentes, que son las que se tienen a la vista para decidirlo.

Aunque no es indispensable, conviene llamar la atención sobre la ilegalidad en que se incurrió con motivo del último memorial en que se interpuso el recurso de queja y con ocasión del cual el Tribunal reformó una de sus providencias anteriores, ya que esta especie de recurso, como está inequívocamente establecido en el Código de procedimiento civil, se concede es respecto del Juez, para hacer efectiva la responsabilidad en que haya incurrido por violación de la ley en los casos defi-

nidos en el C. P., pero en manera alguna para obtener la revocación o la reforma de las providencias judiciales.

Respecto del recurso de hecho contra el auto del 24 de enero de 1940, para que se conceda el de casación ante la Corte, no se ve el motivo que haya tenido el Tribunal para no insistir en su decisión muy acertada de negarlo con fundamento en que era intempestivo, pues según se ve de lo relatado, el recurso de casación no ha sido denegado por el sentenciador de segunda instancia, que apenas se limitó, de acuerdo con clara autorización de la ley, a aplazar su decisión sobre su concesión mientras se practicaba el avalúo que revelara si era o no procedente por razón de la cuantía, al tenor de lo dispuesto en el artículo 524 del C. J. No es

procedente el recurso de hecho mientras no haya sido denegado por el Tribunal la concesión del de casación.

Por lo tanto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

No hay lugar a considerar el recurso de hecho a que se refieren estas copias.

Notifíquese, cópiese y comuníquese al Tribunal de origen.

Liborio Escallón—José Miguel Arango.
Isaías Cepeda—Fulgencio Lequerica Vélez—Ricardo Hinestrosa Daza — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en pidad.

RECURSO DE HECHO

No se puede pedir reposición del auto que decide sobre la misma reposición, a menos que contenga puntos no decididos en la primera providencia.

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

El señor Guillermo García interpuso recurso de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pamplona, de fecha seis de diciembre del año pasado, dictada en el juicio seguido por María Agueda Gelves y otras contra Luis Felipe García, recurso que les fue concedido en auto de 19 de febrero del presente año.

El doctor Luis Chacón Hernández como apoderado de Luis F. García, demandado, pidió reposición de ese auto, y el Tribunal la concedió, no negando el recurso de casación sino ordenando que se avaluara la acción por peritos en el juicio de nulidad o rescisión por lesión enorme acumulado a otro sobre exclusión de bienes en la sucesión de Juan Gelves y Gregoria Jáuregui. Se advierte que a la solicitud de reposición, que quedó en la secretaría a disposición del señor Guillermo García, éste no le hizo reparo alguno.

El mismo señor Guillermo García en memorial de 11 de marzo de 1941 pidió reposición del auto de fecha 5 de marzo del año en curso, la que fue negada por el Tribunal con apoyo en el artículo 489 del

Código Judicial, advirtiendo el Tribunal que nada decide, por ahora, sobre el recurso de casación interpuesto.

No se avino con este proveído el señor García e interpuso recurso de hecho, acompañado de los documentos que ordena la ley al respecto.

Es a todas luces improcedente el recurso de hecho intentado, porque, en primer lugar, el Tribunal no ha concedido ni negado el recurso de casación; ordenó simplemente que se avaluara la cuantía de una de las acciones en el juicio doble que se adelanta entre las partes citadas, y en segundo lugar, porque no se puede pedir reposición del auto que decide sobre la misma reposición, a menos que contenga puntos no decididos en la primera providencia, cosa que no acaece al presente.

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

Resuelve:

No hay lugar a considerar el recurso de hecho a que se refieren estas diligencias.

Comuníquese al Tribunal de origen y archívese el expediente.

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestroza Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION DE SIMULACION DE UN CONTRATO — RECURSO DE CASACION —
 ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO — APRECIACION DE LA PRUEBA
 INDIC IARIA

1. En las dos instancias o grados que generalmente tienen los juicios es donde se debaten y resuelven las cuestiones propuestas en la demanda. En el recurso de casación se juzga la sentencia en relación con los cargos de infracción de ley sustantiva o quebranto de las formas esenciales del procedimiento, pero no se trae la totalidad de los problemas debatidos para que a luz de nuevo estudio probatorio se pueda sustituir arbitrariamente el juicio del Tribunal en la formación de su convencimiento. A la Corte en función de casación no le corresponde balancear las pruebas y las contra-pruebas del litigio para deducir la verdad de los hechos contestados, que es la misión exclusiva de los sentenciadores de instancia. En casación no se estudian las pruebas sino para deducir error de hecho o de derecho cometido por el Tribunal en su apreciación como medio conducente de violación de ley sustantiva y en presencia de cada cargo concreto. — 2. La equivocación que induce a casación en materia de valoración de pruebas no es la que sirve para fundar la convicción judicial en un sentido o en otro, sino la que pugna con la evidencia contraria y manifiesta, o la producida por el desprecio del mérito legal de una probanza. — 3. El cargo en casación consistente en que se erró de hecho y de derecho al sentenciar el pleito porque se interpretaron equivocadamente los hechos indiciarios que menciona el fallo y porque de-

jaron de considerarse otros indicios que también habrían podido deducirse, pugna con la naturaleza jurídica del indicio y excede la facultad analítica de pruebas que corresponde a la Corte en casación. En efecto, por lo que toca a su mérito legal el criterio judicial se forma libremente dentro de las normas y principios de derecho probatorio consignados en la ley, y en relación con el error de hecho no es posible en tratándose de indicios no necesarios, puesto que tal especie de error no se concibe cuando la cuestión de hecho no ofrece duda.

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

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

Antecedentes

Por concepto de precio de la compraventa de un inmueble ubicado en el municipio de La Unión, Departamento de Antioquia, Higinio Osorio debía a su vendedor Joaquín Maya C. la cantidad de \$ 3,950. Muerto éste sin que se hubiera verificado el pago y desaparecida la prueba escrituraria de la obligación, suscribió Osorio un documento privado el 1º de marzo de 1930 en que se declaraba dador de la expresada suma en favor de María Josefa Tobón de Maya y de los descendientes legítimos de Joaquín Maya C. y se obligaba a pagarla dentro del plazo de un año a contar desde su fecha,

con intereses a la rata estipulada. Cerca de dos meses después de suscrito este documento, el 24 de abril del mismo año de 1930, Higinio Osorio vendió a su hijo Pedro Antonio Osorio, por el precio de \$ 9,000 las varias fincas raíces que se enumeran en la escritura pública número 172, de la fecha dicha, pasada ante el Notario del Circuito de El Carmen. El siguiente 2 de agosto, por medio de la escritura pública número 541, otorgada ante la Notaría de Ríonegro, Pedro Antonio Osorio vendió a su padre Higinio una de las fincas que le había comprado por escritura de la Notaría de El Carmen. En esta situación, ocurrió la muerte de Higinio Osorio en el mes de agosto de 1930, y la de su esposa María Jacoba Orozco, en diciembre de 1935, dejando varios herederos.

Consideraron la viuda de Joaquín Maya y sus herederos que las ventas en que intervino su deudor Higinio Osorio, y a que se ha hecho referencia, eran simuladas y lo habían colocado en imposibilidad de pagar su obligación, y por este motivo, afirmando que no hubo por parte del vendedor ni del comprador intención de transferir ni de adquirir el dominio; que el sedicente vendedor continuó administrando los bienes hasta su muerte, y que Pedro Antonio Osorio no podía comprar "pues era muy pobre en esa época, sin profesión ni ocupación conocida", comparecieron ante el Juzgado del Circuito de La Ceja en solicitud de que se declarara la nulidad absoluta de tales contratos, en beneficio de su derecho de acreedores.

Así se originó este pleito, por libelo de 15 de febrero de 1937, en que María Josefa Tobón de Maya, Ramón, Juan de la Cruz, Fernando y Emiliana Maya T., Amelia Maya de Tobón, Agustín y Eliseo Maya T. y Delfina Maya de Tobón, obrando como representantes legales de la sucesión de Joaquín Maya, demandaron a Pedro A. Osorio "y a la sociedad conyugal ilíquida y a las sucesiones ilíquidas de los señores Higinio Osorio y María Jacoba Orozco de Osorio, cónyuges ya finados,

representados por sus hijos legítimos Pedro A., Jacinto, María Josefa, Daniel, María Concepción, María Cristina, María Dolores, María Virginia, María Eva, Adolfo y Francisco Emilio Osorio Orozco, para que en la sentencia definitiva del juicio ordinario se declare que son "nulos, de nulidad absoluta por causa de simulación los contratos contenidos en las escrituras públicas números 172 de 24 de abril y 541 de 2 de agosto de 1930, de las Notarías de El Carmen y Ríonegro, y que en consecuencia se ordene cancelar el registro de los expresados instrumentos; "que los inmuebles alinderados en la escritura número 172, de 24 de abril de 1930, pertenecen a la sociedad conyugal ilíquida y a las sucesiones ilíquidas de los señores Higinio Osorio y María Jacoba Orozco, cónyuges finados, y que el señor Pedro A. Osorio debe restituírlas en el término que fije el Juzgado". Se pidió, además, la condenación al pago de las costas procesales.

Se opusieron los demandados a que se hicieran las declaraciones solicitadas y negaron los hechos fundamentales de la demanda. Agotados los trámites del primer grado, el Juzgado del Circuito de La Ceja, en sentencia definitiva del 24 de mayo de 1938, hizo las declaraciones pedidas en la demanda, con la sola excepción de la condena en costas.

Sentencia acusada

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín decidió el recurso de apelación interpuesto oportunamente contra el fallo del Juzgado por la parte demandada, en sentencia definitiva de segunda instancia de fecha 8 de marzo de 1940, en la cual, con el voto disidente de uno de los Magistrados, revocó la providencia recurrida, y negó, en cambio, todos los pedimentos de la demanda.

Es ésta la sentencia acusada ante la Corte en el recurso de casación interpuesto por la parte actora, y que hoy se decide por estar legalmente preparado.

Para fundar su resolución absolutoria

el Tribunal adoptó las conclusiones que en seguida se compendian:

Se trata de una acción de simulación para obtener la declaración judicial de inexistencia de los contratos atacados, y no de una acción de nulidad propiamente dicha ni del ejercicio de una acción pauliana, entre las cuales existen fundamentales diferencias que en la sentencia se hacen resaltar con ocasión de las confusiones en que a este respecto incurren los demandantes en varias piezas del proceso. Pero no es en esta denominación equivocada de la acción en lo que se apoya la sentencia. "Podría legalmente interpretarse la demanda en la respectiva solicitud, — dice el Tribunal — como que se ha ejercitado la acción de inexistencia del contrato por simulación, en lugar de la de nulidad que en el libelo se escribió. Las conclusiones a que se ha de llegar en esta sentencia, no tienen su causa, pues, en esa equivocación del actor, sino que son otros los motivos y circunstancias que han hecho fracasar para éste la acción que se está estudiando".

Estos motivos determinantes del insuceso judicial se reducen a "que no se ha dado la prueba de la simulación demandada", porque en materia de interés para proponer la acción, como en lo referente a personería de las partes, el sentenciador no formula reparo alguno. Solamente se adujo prueba indirecta de indicios en abono de las pretensiones de la demanda, como la falta de capacidad económica de Pedro A. Osorio para comprar los inmuebles de Higinio del mismo apellido, la administración que éste conservó de los bienes con posterioridad a su venta, el parentesco que ligaba a comprador y vendedor y el dicho conceptual de algunos testigos respecto de la simulación. Todos estos hechos indiciarios trataron de establecerse en el juicio a base de prueba testifical que el Tribunal estudió en un detenido análisis de su mérito y que halló insuficiente para tenerlos como probados. En punto a capacidad económica del comprador aparecen minuciosamente

considerados los testimonios que de parte y parte se produjeron al respecto, y luego de la confrontación de los dos grupos de testigos, dice, refiriéndose al de la parte demandada: "Esta prueba, pues, destruye la aducida por la parte actora que exhibe a Osorio como un parásito, sin posibilidades pecuniarias, ni ocupación conocida que vivía en permanente ociosidad. Y algo más: resulta de estas últimas declaraciones, suficientemente acreditada, la capacidad económica de Osorio para las adquisiciones acusadas de simulación".

Se analiza a continuación en la sentencia las declaraciones testimoniales con que se pretendió acreditar el hecho de que después del otorgamiento de la escritura de venta de que se ha tratado, continuó Higinio Osorio administrando los bienes que dijo vender, y de este estudio llega a la conclusión el sentenciador de que los actos administrativos a que se refieren los testigos como ejecutados por el vendedor Osorio no alcanzan a constituir el pretendido indicio porque se reducen más bien a una ayuda en la administración de las fincas. "En todo caso — se lee en la sentencia — no consigue determinar esa deficiente intervención en la administración de los bienes vendidos el criterio de que Higinio Osorio continuó como dueño de los mismos, pues de las pruebas recibidas no resulta la demostración precisa y segura de que hubiera mantenido esa administración en total y con el carácter de propietario".

Respecto del parentesco que ligaba a Higinio Osorio con el comprador, advierte el Tribunal que "efectivamente los contratos ficticios de esta naturaleza son más frecuentes entre personas unidas por vínculos de familia, pero es un indicio que necesita reforzarse con otros más vehementes o graves, para formar la prueba de la simulación". Y después de anotar que "el concepto" de la mayor parte de los testigos que declararon por llamamiento de la parte demandante, sobre la simulación no reviste interés jurídico por fundarse en el hecho falso de

la pobreza y la indigencia de Pedro Osorio, concluye que la absolución del demandado "es el resultado lógico de este juicio, dada la falta de prueba de la simulación afirmada en la demanda".

El recurso

Se apoya el recurso de casación en el primero de los motivos que enumera el artículo 520 del C. J., por ser la sentencia violadora de la ley sustantiva en forma directa y especialmente por consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal al apreciar mal algunas pruebas y dejar de apreciar otras. En cuatro capítulos está dividida la extensa demanda de casación que en realidad se reduce a una mera crítica de la apreciación general del acervo probatorio, especialmente de la prueba indiciaria, única que se produjo en el debate judicial de las instancias, y de la cual deduce el recurrente el quebranto de los textos legales que consagran reglas sobre apreciación indicial.

Es el primer cargo por violación de los artículos 601, 670, 687, 696, 697 y 702 del C. J. en que se dice que incurrió el Tribunal al analizar los testimonios aducidos en comprobación de la pobreza de Pedro Osorio dando prevalencia a los de la parte demandada. Considera el recurrente en este particular que mientras no esté demostrado que el comprador tenía la suma que monta el precio de su compra, no desaparece el indicio de la incapacidad económica, inductivo de la simulación.

Alega el recurrente, al formular su segunda acusación, que el Tribunal quebrantó los artículos 594, 637, 648 y 697 del C. J. por cuanto apreció erradamente los indicios a que se refirió en su sentencia y porque dejó de apreciar varias pruebas indiciarias que ofrece el expediente, tales como ser deudor quien figura como vendedor; ser Pedro Osorio el hombre de confianza entre los hijos de Higinió; no haber pagado éste la deuda ni dejado dinero efectivo para el pago. Estos errores en la estimación indiciaria conduje-

ron a la inaplicación de los artículos 1502 y 1740 del C. C., al decir del demandante.

El tercer cargo contra el fallo es ser "violatorio de textos legales sustantivos, por cuanto el Tribunal al no apreciar y aceptar como demostrados los indicios analizados, dejó de aplicar esta prueba al caso controvertido, violando directamente los artículos 66 y 1768 del C. C. en relación con los artículos 594, 663 y 665 del C. J. que son de carácter sustantivo".

Y en el cargo final se acusa la sentencia por infracción directa de los artículos 740, 1502, 1517, 1523, 1524, 1746, 1849 y 1857 del C. C. "por faltarle al contrato que aparece en la escritura número 172 de 24 de abril de 1930, casi todos los elementos esenciales que los citados artículos prescriben para la validez y por faltarle el precio, elemento también esencial en la compraventa".

Se consideran los cargos

Ya se dejó escrito que el único medio probatorio utilizado en este litigio para el establecimiento de los hechos fundamentales de la demanda, y el único, por consiguiente, que estuvo sometido a la consideración y análisis del Tribunal, fue la prueba indirecta de indicios, que sometida al criterio judicial dentro de las normas legales fue calificada como insuficiente para respaldar la certidumbre sobre el fenómeno jurídico de la simulación. Ninguna prueba directa documental ni de confesión ofrece el proceso sobre el hecho esencial. La sentencia enuncia y justiprecia el mérito de los elementos probatorios aducidos en demostración de hechos que se consideran indiciarios, como los indicios mismos, y sienta la conclusión terminante de que no se ha probado la simulación demandada. Contra esta falta de convicción judicial reflejada en los razonamiento del fallo se endereza la demanda de casación que, como ya se advirtió, es más bien un estudio crítico probatorio del proceso destinado a controvertir sobre la verdad de los hechos básicos del pleito. Esta impresión general del libelo

en que se funda el recurso, está expresada en las siguientes palabras del recurrente: "Las pretensiones del actor en el presente juicio fracasaron exclusivamente por el aspecto probatorio, no ante el fallador de la primera instancia que actuaba en el teatro de los hechos y pudo conocer detalles y circunstancias que lo llevaron a apreciar y a coger como plena prueba los indicios aportados, sino ante el de la segunda instancia, que ausente de aquel ambiente, mal podía apreciar todas las circunstancias para interpretarlas y balancearlas con equidad y justicia. Pero aun siendo riguroso en la exigencia probatoria, pudo el Tribunal llegar a una conclusión distinta, pues tengo la convicción legal y moral de que no hizo el análisis completo de los testimonios aducidos por parte y parte, no valoró la fuerza probatoria de ellos por sistema comparativo, ante la expresión propia y genuina de cada uno, ante las circunstancias de lugar, tiempo, modo y razón o fundamento de su dicho y muy especialmente de la de íntima amistad o carencia de todo vínculo, por parte del declarante y en relación con las personas en pro o en contra de las cuales se acreditaba el hecho... De manera que el problema fundamental se reduce al análisis y apreciación de pruebas".

No armoniza con la naturaleza y objeto del recurso extraordinario de casación esta manera de acusación con el planteamiento global del problema probatorio del pleito en solicitud de una convicción judicial diferente sobre la cuestión controvertida. En las dos instancias o grados que generalmente tienen los juicios es donde se debaten y resuelven las cuestiones propuestas en la demanda. En el recurso de casación se juzga la sentencia en relación con los cargos de infracción de ley sustantiva o quebranto de las formas esenciales del procedimiento, pero no se trae la totalidad de los problemas debatidos para que a la luz de un nuevo estudio probatorio se pueda sustituir arbitrariamente el juicio del Tribunal en la formación de su convencimiento. A la Corte en función de casación no le corresponde ba-

lancear las pruebas y las contrapruebas del litigio para deducir la verdad de los hechos contestados, que es la misión exclusiva de los sentenciadores de instancia. En casación no se estudian las pruebas sino para deducir error de hecho o de derecho cometido por el Tribunal en su apreciación como medio conducente de violación de ley sustantiva y en presencia de cada cargo concreto.

Contraído así el recurso a sus exactos límites, se consideran a continuación los cargos que contiene la demanda sobre errores en la apreciación probatoria.

Con el objeto de probar la incapacidad económica en que según el actor se encontraba Pedro A. Osorio para comprar los bienes que enumera la escritura número 172 de 24 de abril de 1930, en la época en que aparece celebrado el contrato de venta y establecer así el principal indicio en que funda su demanda de simulación adujo el testimonio de Marco A. Gómez, Francisco Mejía, Eliseo Guzmán, Elías Mejía, Pedro Botero y Obdulio Vélez. A su turno, la parte demandada y sobre el mismo punto, presentó las declaraciones de los testigos Antonio Pérez, Manuel Giraldo, Carmelo Cardona, Marcos López, Emigdio Orozco, Pedro Ocampo, Ramón Pérez, Manuel Alvarez, Isidro López, Luis González, Luis Orozco y Domingo Montoya, doce en total, el doble de las de la contraparte. En el fallo acusado aparecen mencionadas y justipreciadas todas estas declaraciones testificales, las del actor referentes a que Pedro Osorio era sumamente pobre en abril de 1930, que vivía a costa de sus padres, sin oficio ni profesión ni dinero que le permitiera comprar bienes raíces; y las del demandado, según las cuales el mismo Osorio, desde antes de 1930 y entonces, tenía negocios de consideración en la Unión y municipios vecinos consistentes en almacén de víveres y abarrote que valía cinco o seis mil pesos y tráfico de ganados; que ayudaba a su padre a administrar sus fincas; que era trabajador, económico y sin vicios; que negociaba con bastante dinero, y tenía actividad y solvencia comercial. Al

justipreciar la fuerza de esta prueba de testigos concluyó el Tribunal que los aducidos por el demandado desvirtuaban los de la parte actora y consideró suficientemente establecida de este modo la capacidad económica de Osorio en el negocio discutido.

La acusación que a este respecto se formula parte de la base de que en el juicio está probada la llamada incapacidad económica de Osorio, con inversión de la realidad procesal, puesto que lo de la sentencia se deduce es la completa improbación del indicio que se hizo consistir en la pobreza de aquel comprador. Y en la apreciación probatoria de los testimonios que el Tribunal hizo para concluir en la inexistencia de este hecho no se ve en manera alguna la comisión de ningún error, porque no aparece manifiestamente de autos la pobreza de Pedro Osorio y porque la apreciación testimonial que hizo está plenamente autorizada y respaldada por la disposición del artículo 702 del C. J., que consagra una regla de persuasión racional para el juez que ha de buscar la certidumbre en presencia de exposiciones testimoniales contradictorias. La demanda de casación se reduce en este respecto a un minucioso análisis de las declaraciones de los testigos, una por una, tanto de las del grupo desechado por el Tribunal como de las que le dieron base a su conclusión, para tratar de demostrar que las últimas no desvirtúan, por los términos usados por los testigos, la afirmación de pobreza que contienen las primeras, en lo cual se equivocó la sentencia. Se repite aquí que la equivocación que induce casación en materia de valoración de pruebas no es la que sirve para fundar la convicción judicial en un sentido o en otro, sino la que pugna con la evidencia contraria y manifiesta, o la producida por el desprecio del mérito legal de una probanza. Por lo demás, no variaría la situación en el supuesto de que el sentenciador hubiera errado al calificar la fe de los testimonios en referencia, porque en ese caso apenas se tendría la prueba de un mero indicio, la pobreza del com-

prador, fuente de conjeturas discutibles, y en todo caso, insuficiente por sí sólo para fundar el convencimiento judicial.

Carente de eficacia es el cargo que se hace consistir en que se erró de hecho y de derecho al sentenciar el pleito porque se interpretaron equivocadamente los hechos indiciarios que menciona el fallo y porque dejaron de considerarse otros indicios que también habrían podido deducirse. Esta acusación, que consiste en proponer razonamientos distintos de los que hizo el Tribunal, pugna con la naturaleza jurídica del indicio y excede la facultad analítica de pruebas que corresponde a la Corte en casación. En efecto; por lo que hace a su mérito legal, el criterio judicial se forma libremente dentro de las normas y principios de derecho probatorio consignados en la ley, y en relación con el error de hecho no es posible en tratándose de prueba de indicios no necesarios, puesto que tal especie de error no se concibe sino cuando la cuestión de hecho no ofrece duda. "Esta manera de atacar el mérito deducido por el sentenciador de la prueba indiciaria, —como lo ha dicho esta Sala—, es completamente equivocado e inaceptable en casación. El juez es soberano en el justiprecio de la fuerza de convicción que corresponde a los indicios porque la ley ha dejado a su juicio calificar sus caracteres de gravedad y precisión según las relaciones y conexiones entre los hechos que los constituyen y los que se trata de averiguar. A la inferencia lógica deducida judicialmente de un hecho, el cálculo de probabilidad es fundado en él, no se puede oponer, en ataque de pruebas, otra inferencia distinta, otra interpretación del hecho. Los cargos contra la prueba indiciaria son conducentes y eficaces solamente si se enderezan contra la existencia misma del hecho en que se genera el indicio, o su descalificación, por ejemplo, por falta de conexión lógica con el hecho que se quiere demostrar. . . ." (G. J. Tomo 47 p. 461).

Con relación al cargo final, consistente en quebranto directo de varias disposiciones del Código Civil, con fundamen-

to en que al contrato que recoge la escritura número 172, mencionada varias veces, le faltan todos los elementos indispensables para la validez de los actos jurídicos, especialmente el precio, apenas hay necesidad de advertir, para rechazarlo por infundado, que tal acusación se hace fuera de la realidad del fallo acusado y del recurso propuesto, ya que su consideración no podría hacerse sino en el caso de que hubieran prosperado los cargos estudiados anteriormente.

No habiéndose, pues, demostrado, según lo expuesto, violación de la ley sustantiva, directamente ni como consecuencia de errores en la apreciación de las pruebas, la Corte debe respetar la sentencia del Tribunal porque la casación no está destinada a revisar la controversia con un nuevo análisis de los elementos de convicción judicial.

Por tanto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el día 8 de marzo de 1940, que ha sido materia de este recurso de casación.

No se hace condenación en costas del recurso 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 — José Miguel Arango — Isaias Cepeda — Fulgencio Lequerica Vélez — Ricardo Hinestrosa Daza — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en ppad.

OPOSICION A LA POSESION DE UNA MINA. — ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO. — INTERPRETACION DE CONTRATOS.

1.—El error de hecho consiste en la creencia equivocada de que ha sucedido una cosa que en realidad no ha sucedido, o que, al contrario, ha dejado de suceder un hecho consumado y probado plenamente; y el error de derecho es la noción equivocada que uno tiene de las disposiciones de la ley, o, en otros términos, el consiste ya en juzgar falsamente el hecho a la luz de la ley, ya en una interpretación absurda de ella, ya en que equivocada aplicación al caso de la litis. 2.—La Corte ha sostenido siempre que los Tribunales tienen libertad para apreciar los hechos e interpretar los contratos, de tal suerte que aquella sólo puede variar la sentencia en el evento de que ésta contenga errores de hecho o de derecho.

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

(Magistrado ponente: Dr. Isaías Cepeda)

El 25 de noviembre de 1933 los señores Félix Mejía y Maximiliano Echavarría dieron ante el señor alcalde del municipio de Barbosa (Antioquia), el aviso de que trata el artículo 346 del Código de Minas, respecto de una mina de oro, de aluvión, de antiguo descubrimiento y abandonada, situada en la hacienda denominada Barbosa, de propiedad del señor Bernardo Jaramillo Sierra.

El aviso se dio para los señores Félix Mejía, Jorge Mejía, Maximiliano Echavarría, Manuel Echavarría, Carlos Echavarría y Lázaro Restrepo.

El 22 de enero de 1934 el señor José María González, como recomendado de los avisantes, denunció para los mismos la indicada mina, con el nombre de Graciano, ante la gobernación de Antioquia, denuncia que fue admitido por auto del 25 del citado enero.

A su vez el señor Jorge Jaramillo M., avisó el 8 de mayo de 1934, ante el alcalde de Barbosa, de acuerdo con el mencionado artículo 346, una mina de oro, de aluvión, situada en el paraje denominado Guayabal, en terrenos de propiedad de Bernardo Jaramillo Sierra, y manifestó que dicha mina era la misma que había sido conocida con el nombre de Graciano y que era de antiguo descubrimiento.

Por memoriales fechados el 9 y el 15 de mayo de 1934 el señor Jorge Jaramillo M., formalizó el denuncia de la referida mina ante la gobernación de Antioquia. Manifestó que se denominaría Guayabal y que estaba situada en terrenos cultivados y dedicados a la cría y ceba de ganados, de propiedad del señor Bernardo Jaramillo Sierra, y acompañó a su denuncia un memorial por medio del cual éste le concedía permiso para denunciarla.

Manifestó, además, que la mina era de antiguo descubrimiento, que había sido conocida con el nombre de Graciano, que el último poseedor había sido el señor Ernesto Lince, a quien debía citarse, lo mismo que a los señores Félix y Jorge Mejía, Lázaro Restrepo, Maximiliano, Manuel y Carlos Echavarría, por razón de un denuncia anterior que habían dado.

Admitido este denuncia, se comisionó al alcalde de Barbosa para dar posesión de la mina al señor Jorge Jaramillo M.

El señor Lázaro Restrepo, por memoriales dirigidos a la gobernación y a la

alcaldía de Barbosa con fecha 13 de junio de 1934 y 11 de febrero de 1935, respectivamente, manifestó que se oponía a la posesión, y pasado el expediente al Juez del Circuito de Girardota, el señor Restrepo formalizó su oposición el 20 de febrero de 1935.

El juez, por auto del 5 de marzo de 1935 aceptó la oposición, consideró que ella implicaba una impugnación de la exactitud y justicia del denuncia hecho por Jorge Jaramillo M., y resolvió que éste debía asumir el papel de demandante.

Así las cosas, el señor Jaramillo M. presentó el 25 de abril de 1935 la respectiva demanda ordinaria contra los señores Lázaro Restrepo, Félix y Jorge Mejía, Manuel, Maximiliano y Carlos Echavarría, y pidió que, por sentencia definitiva, se declarara:

"a) Que tengo mejor derecho que mis demandados, los señores antes citados en el párrafo anterior, a tomar posesión y a adquirir el dominio de la mina Guayabal, de oro de aluvi6n, situada en el municipio de Barbosa y en terrenos de propiedad del señor Bernardo Jaramillo Sierra y por los linderos que indico en mi memorial denuncia, reproducidos en el hecho segundo de este libelo y con las variaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el artículo 26 del C. de M.;

"b) Que fuera de las demás informalidades que resulten, el aviso y denuncia hecho por los demandados son completamente ineficaces para generarles derecho alguno a su favor en la mina Guayabal que he denunciado, por faltarles el permiso expreso del señor Bernal Jaramillo Sierra, dueño del terreno en donde está localizada; y

"c) Que tendrán que pagar las costas de este juicio si a él dieran lugar".

El Juez del conocimiento, por sentencia del 29 de abril de 1938 resolvió:

"Declárase que el demandante Jorge Jaramillo M. tiene mejor derecho que los demandados Jorge y Félix Mejía Arango, Lázaro Restrepo R., Manuel, Maximiliano y Carlos Echavarría, sobre la mina de Guayabal, de oro de aluvi6n, situada

en el Municipio de Barbosa, en terrenos de propiedad del señor Bernardo Jaramillo Sierra, por los linderos y demás circunstancias detalladas en el denuncia elevado a la Gobernación en memoriales de 9 y 15 de mayo de 1934, que obra en los autos, y por consiguiente a tomar posesión y a adquirir el dominio de los expresados minerales.

"Subrogado el señor Justo Pastor Echavarría en la mitad de esos minerales, conforme al auto de 8 de marzo de 1938 de este Juzgado, la declaratoria anterior le favorece en tales porciones, y de consiguiente en la titulación de la mina se tendrá en cuenta esa circunstancia.

"Declárase completamente ineficaz y sin valor alguno el aviso y denuncia dado por los señores Félix Mejía y Maximiliano Echavarría, para los señores Lázaro Restrepo, Manuel y Carlos Echavarría, y por el doctor José María González, respectivamente, el 25 de noviembre de 1933 y 22 de enero de 1934, de la mina de Graciano, comprendida en gran parte por la de Guayabal, y por consiguiente ningún derecho pueden derivar de esas diligencias sobre esta última mina (Guayabal), porque no tenían permiso del dueño de los terrenos para denunciárla.

"En firme esta providencia, pase el expediente original al señor Alcalde Municipal de Barbosa para que allí se continúen las diligencias necesarias para la titulación de la mina en favor del señor Jorge Jaramillo M., avisada y denunciada por éste en tiempo hábil y con permiso del dueño de los terrenos en donde ella está situada, empleado que una vez cumplida la diligencia que le corresponde, remitirá los autos originales al señor Gobernador del Departamento para la expedición de los títulos de los referidos minerales.

"No se hace especial condenación en costas".

Apelado este fallo por los demandados subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, donde, agotada la tramitación de segundo grado, se dictó la sentencia de fecha diez de octu-

bre de mil novecientos treinta y nueve, cuya parte resolutive dice:

"En mérito de lo expuesto el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia dictada por el señor Juez del Circuito de Girardota el veintinueve de abril del año pasado y en su lugar falla:

"Se niegan las declaraciones pedidas por Jorge Jaramillo M. contra Lázaro Restrepo R., Félix y Jorge Mejía, Manuel, Maximiliano y Carlos Echavarría en demanda de 25 de abril de 1935.

"Como consecuencia, una vez ejecutoriado este fallo, vuelva el expediente al señor Alcalde Municipal de Barbosa para que se sirva dar posesión de la mina Graciano a dichos señores Mejías, Echavarrías y Restrepo R.

"No se condena en costas".

Antes de exponer los fundamentos que sirvieron de base a las dos sentencias que se acaban de citar, conviene advertir que el señor Jorge Jaramillo M. presentó, junto con el memorial por medio del cual denunció la mina Guayabal ante la Gobernación de Antioquia, un memorial suscrito en Bogotá el 4 de abril de 1934 por Bernardo Jaramillo Sierra, dirigido al Gobernador de Antioquia y presentado personalmente por aquél ante el Juez 2º Civil Municipal de Bogotá el 4 de mayo de 1934, en que se manifestaba que concedía permiso a Jorge Jaramillo M. para denunciar la mina de que se trata, situada en terrenos de su propiedad, cultivados y dedicados a la cría y ceba de ganados.

Los señores Lázaro Restrepo R. y compañeros no presentaron con su denuncia de la mina Graciano ningún permiso expreso de Bernardo Jaramillo Sierra, dueño de los terrenos en donde se encuentra, pero el 12 de mayo de 1934 el señor Restrepo R. protocolizó en la Notaría Cuarta del Circuito de Medellín, por medio de la escritura número 761, un documento privado, escrito en papel común, sin fecha ni estampillas, que dice textualmente:

"Convenio entre Bernardo Jaramillo

Sierra, Lázaro Restrepo R. y Félix Mejía A., para trabajar la mina de Graciano, en Barbosa, por cuenta de los últimos. Por medio de la presente dejamos constancia de que hemos convenido en trabajar la mina de Graciano, en Barbosa, en la siguiente forma. Primero: El suscrito Bernardo Jaramillo Sierra permite a Félix Mejía y a Lázaro Restrepo R. trabajar la mina de Graciano, en el municipio de Barbosa, por cuenta de los mismos, primero en un trabajo a tajo abierto con motores y bombas de gasolina, y más tarde con tuberías y maquinarias apropiadas. Segundo: El trabajo a tajo abierto de que se habló antes quedará comprendido entre los siguientes linderos: por el Sur, con la quebrada Santa Rosa; por el Oriente, con la misma; por el Occidente, con la línea del Ferrocarril de Antioquia; y por el Norte, con una normal que parte de la carrilera, a ciento veinte metros hacia el norte del puente de la Santa Rosa, hasta el lecho de la misma quebrada. Los suscritos Restrepo y Mejía harán partícipe a Jaramillo Sierra de los productos brutos que elaboren, en un doce y medio (12½%) por ciento, o sea en tres acciones de una veinticuatro, los cuales entregarán a éste personalmente, o a su recomendado, en cada una de las lavadas que se hagan. Cuarto: Si el suscrito Jaramillo Sierra así lo prefiere, se le pagarán los desmoronos de común acuerdo, o en la forma establecida por la ley, en lugar de la participación antes mencionada. Para constancia firman. — Bernardo Jaramillo Sierra, Félix Mejía A., L. Restrepo R."

No sobra advertir que los señores Carlos, Manuel y Maximiliano Echavarría, Jorge y Félix Mejía A. y Lázaro Restrepo R., denunciantes de la mina Graciano, ratificaron el convenio anterior celebrado con el señor Bernardo Jaramillo Sierra, por medio de un memorial presentado el 12 de mayo de 1934 en la Gobernación de Antioquia, en el cual indicaron la manera como debían repartirse las veinticuatro acciones en que se considera dividida la mina. Allí dijeron:

“Para el señor Bernardo Jaramillo Sierra, a virtud de convenio especial celebrado con él, como dueño de la finca en donde está situada la mina, y como compensación de los daños, perjuicios y servidumbres que se le ocasionen con motivo del laboreo de la mina, tres acciones... En consecuencia, muy atentamente solicitamos a S. S. que se sirva tener en cuenta esta distribución para todos los efectos legales, y, especialmente, cuando se vaya a expedir el título de adjudicación de la mina denunciada”.

Tanto el Juez de primera instancia, como el Tribunal consideraron que la cuestión principal en el juicio reside en la interpretación que se le dé al convenio aludido, para saber si él entraña el permiso que exige el artículo 3º de la Ley 38 de 1887, pero lo interpretaron de distinta manera.

El Juez dijo:

“El convenio celebrado por Jaramillo Sierra, Restrepo y Félix Mejía, en papel común, sin fecha, sin estampillas, sin la firma de testigos, sin reconocimiento y sin la presentación personal al señor Notario para protocolizarlo, no puede ser título suficiente para probar los hechos que en él se hicieron constar. Apenas será el un principio de prueba escrita, con las restricciones que la ley le fija.

“Pero es que el Juzgado sostiene que aun aceptando que el tal convenio sea prueba, él no implica, no tiene, no da, ni expresa ni tácitamente, un permiso para denunciar la mina de Graciano, porque basta leer el texto de ese contrato, si así se le puede llamar, para darse cuenta de que él sólo autorizó a los demandados Mejía y Restrepo para trabajar la mina de Graciano en la forma que ese convenio expresa”.

Después de algunos otros razonamientos agrega:

“No hay duda alguna de que en presencia de todo lo anterior, fiel trasunto de la cuestión debatida en este juicio, el aviso y denuncia de la mina de Guayabal dados por Jorge Jaramillo M. para sí, el 8 y el 9 de mayo de 1934, respectivamen-

te, prevalece sobre el aviso y denuncia hecho por el señor Félix Mejía y Maximiliano Echavarría, para ellos y los demás demandados el 25 de noviembre de 1933, y por el doctor José María González, recomendado por los anteriores, el 22 de enero de 1934, respectivamente.

“Es claro que no teniendo los demandados el permiso para denunciar, por más que lo hayan hecho antes que Jorge Jaramillo, demandante, como se ha constatado, no tienen mejor derecho a esos minerales, porque los denunciaron pretermitiendo una formalidad indispensable para la eficacia de tal aviso y denuncia, en cuyo caso el Juzgado desatará la litis haciendo las declaraciones solicitadas por el actor en su memorial-demanda de 25 de abril de 1935 bajo las letras A) y B), y negará la condenación en costas de la letra C), porque no hay temeridad en la defensa de los demandados”.

El Tribunal, a su vez, razona así:

“La decisión de este pleito depende en mucha parte de la interpretación que se le dé a la cláusula primera, en cuanto el dueño del terreno permite a Mejía y Restrepo R. trabajar la mina de Graciano, por cuenta de ellos, primero con motores y bombas de gasolina y más tarde con tuberías y maquinarias, etc.

“Para esa interpretación es necesario partir de la base de que esos mineralés no estaban avisados, denunciados ni titulados, por lo cual se encontraban todavía dentro del patrimonio del Estado, y por lo mismo no podían trabajarse o explotarse, ni aun por el mismo dueño de los terrenos, sin el aviso y titulación correspondientes. Así lo ordenan expresamente los artículos 314 de la Ley 153 de 1887 y 55 del Decreto Ejecutivo número 761 de 1887.....

“En esas condiciones el permiso que dio Jaramillo S. para trabajar la mina de Graciano incluía implícitamente la facultad para avisarla y titularla. Y esto es así, porque si Jaramillo no podía trabajar esos minerales sin previa titulación, tampoco podía conceder permiso para explotarlos sino otorgando al propio

tiempo autorización para el citado aviso y denuncia.

“De acuerdo con las reglas de interpretación contenidas en los artículos 1620 y siguientes del Código Civil, el sentido en que una cláusula puede producir efectos debe preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno, y en aquellos casos en que no aparezca voluntad contraria deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.

“Si se entendiese que Félix Mejía y compañeros adquirieron permiso para trabajar, pero no para denunciar la referida mina, se habría verificado una convención de efectos inocuos o inoperantes, pues la ley les prohibía explotarla sin el previo aviso y titulación...

“También es de ley y de razón que cuando a una persona se otorga un derecho, se le conceden al propio tiempo los medios para hacerlo efectivo, por lo mismo que nada valdría un derecho que careciese de eficacia. Y por eso al otorgarse el derecho para trabajar aquella mina, se concedió también el medio adecuado para verificar esos trabajos, o sea el permiso para denunciarla”.

En lo tocante a la manera como el Tribunal estima probado el convenio aludido y a la fecha que se le puede atribuir, dice la sentencia:

“Que ese permiso lo otorgó Jaramillo S. es cuestión superabundantemente demostrada en el proceso del modo siguiente: con copia de la escritura pública número 761, de 12 de mayo de 1934, de la Notaría 4ª de este Circuito, por la cual se protocolizó el convenio celebrado por escrito privado entre dichos señores Jaramillo, Restrepo y Mejía.

“Aunque Jaramillo S. no intervino en la presentación al Notario de ese documento, ha reconocido que concedió permiso escrito, como puede verse en declaración rendida el 25 de enero de 1938, donde dice:

“En mi calidad de propietario de la hacienda Barbosa concedí a estos señores (doctor Félix Mejía y Lázaro Restrepo)

un permiso para trabajar mineral, pero no sé si será la mina Graciano, que se me pregunta’. Y ya quedó establecido con inspección ocular que esa mina Graciano está ubicada en aquella hacienda.

“En memorial presentado por el señor Jaramillo Sierra el 10 de agosto del año pasado dice:

‘Aquéllos (Mejía y Restrepo) nunca han contado con mi permiso para denunciar (la mina Graciano). Basta leer el escrito que ellos invocan como documento probatorio del permiso para convencerse de la certeza de esta afirmación. Y si ello no bastara, quedan en la sentencia las claras y terminantes razones del señor Juez a quo. En el supuesto de que dicho escrito tuviera algún valor, de allí sólo se desprenderían vínculos personales’.

“Como se ve, Jaramillo S. no se atreve a negar la autenticidad de ese escrito o permiso, que lleva su firma, y sólo alega que él no tiene valor, o que no comprende la facultad de denunciar la mina.

“Que el demandante señor Jaramillo tenía conocimiento de ese contrato y que éste fue anterior al permiso que a él se le concedió para denunciar aquella mina, está reconocido en posiciones que absolvió el 17 de marzo de 1936. Allí se lee:

‘Es cierto que el señor Jaramillo Sierra dió permiso para trabajar minería en una pequeña porción de minerales situada en la hacienda de su propiedad, en terrenos destinados a agricultura y ganadería.

‘Es cierto que el permiso que dió Jaramillo Sierra a Mejía y Restrepo para trabajar es anterior al que me dió a mí para denunciar’.

“Todo esto demuestra que Jaramillo Sierra carecía de facultad para otorgar permiso al señor Jorge Jaramillo para denunciar aquellos minerales, por la razón muy clara de que varios meses antes había ya concedido esa permisión a los señores Restrepo y Mejía, y que éstos en ejercicio de ella habían procedido a dar el aviso y denuncia. Y demuestra también que Jaramillo M., quien tenía

conocimiento claro de ese primer convenio, se encontraba imposibilitado legal y moralmente para obtener nuevo permiso, que vulneraba los derechos de terceros.

"No sobra advertir que la ley no exige pruebas especiales o solemnes en estos casos, y por ende ese permiso puede demostrarse con toda clase de probanzas, como confesiones o reconocimientos de los interesados, documentos o simples cartas en papel común, etc., y aun por la aquiescencia tácita del propietario de los terrenos a la posesión que vaya a darse al denunciante".

El recurso

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el señor apoderado especial de Justo Pastor Echavarría, a quien se había reconocido como interesado en el juicio, en su carácter de cesionario de la mitad de los derechos del demandante, Jorge Jaramillo M.

El recurrente en demanda que no se ajusta a la técnica de la casación, dice que acusa la sentencia "como violatoria de la ley sustantiva, en armonía con la causal que enuncio así:

La sentencia proferida por el Honorable Tribunal Superior de Medellín en diez de octubre de mil novecientos treinta y nueve, en el juicio ordinario de minas de Jorge Jaramillo M. y Justo Pastor Echavarría contra Félix Mejía A. y Lázaro Restrepo y otros, es violatoria de la ley sustantiva por indebida aplicación de ella y por interpretación errónea de la misma, proveniente de haber apreciado de manera errónea la prueba que comporta la escritura número 761, de 12 de mayo de 1934, de la Notaría Cuarta de Medellín, y de haber dejado de apreciar la prueba que informa el memorial del señor Bernardo Jaramillo Sierra, dirigido desde Bogotá al señor Gobernador de Antioquia y en el cual manifiesta su permiso para denunciar la mina Guayabal en terrenos de su propiedad, en la hacienda Barbosa".

Dice el recurrente que esta causal re-

quiere que se la fundamente con la explicación precisa de los errores en que incurrió el Tribunal, y que para cumplir esa tarea empieza "por la demostración de un error general que se advierte si se detiene uno a pensar sobre lo dicho en el siguiente apartado de la sentencia:

"El punto sustancial de este litigio consiste en determinar si el permiso que concedió Bernardo Jaramillo S. a los demandados de este juicio para trabajar la mina de Graciano, incluye o autoriza el aviso y denuncia de tales terrenos auríferos".

Sostiene que no consiste en eso exclusivamente el punto esencial, "porque es preciso calificar también el permiso concedido por el mismo Bernardo Jaramillo Sierra a los demandados para denunciar la mina Guayabal, y determinar, además, cuál de ellos merece la prelación para este caso".

Dice que el Tribunal "incurrió en un error de omisión que lo condujo, precisamente, al error de dejar sin apreciar la prueba contenida en el memorial informativo del permiso referido", y agrega:

"Anotado este error explicativo, entro a estudiar los errores en que a mi juicio incurrió el sentenciador en la apreciación de la prueba ofrecida por la escritura 761 atrás citada".

A continuación el recurrente transcribe el convenio celebrado entre Jaramillo Sierra, Mejía y Restrepo, que atrás quedó copiado, y dice que el Tribunal, al interpretarlo, incurrió en varios errores que puntualiza así:

"Primer error: Incurrió en error de apreciación de prueba al estimar que un simple escrito en papel común, sin fecha y que fue presentado para su protocolización por una sola de las personas que se dicen firmantes de él, podía dar la demostración de que Bernardo Jaramillo Sierra había concedido permiso a Félix Mejía A. y a Lázaro Restrepo R. para denunciar una mina de aluvi6n en terrenos de aqu6l, destinados a la agricultura y a la cría o ceba de ganados".

"Segundo error: Este consiste en ha-

berle dado valor de plena prueba al referido documento como demostrativo de un permiso para denunciar la mina Graciano, con retroactividad a la fecha de la denuncia”.

“Tercer error: Es todavía más grave, porque va directamente a la interpretación del citado convenio, para deducir de allí un permiso para denunciar la mina Graciano, cosa que no dice el tal convenio, ni expresa ni tácitamente”.

Acerca de cada uno de estos errores alega extensamente el recurrente y saca algunas “deducciones jurídicas”, para terminar, por último, manifestando que considera violadas por la sentencia acusada, “por aplicación indebida y por interpretación errónea, las disposiciones sustantivas de los siguientes artículos: 6, 8, 66, 117, 118, 346, 347, 348, 349 y 361 del Código de Minas; 3º y 314, respectivamente, de las Leyes 38 y 153 de 1887, y 1620 y siguientes del Código Civil”.

Estudio de los cargos

Dice el artículo 520 del Código Judicial que “si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos”.

El recurrente, en su larga demanda de casación, sostiene que el Tribunal incurrió en errores generales, errores de omisión, errores explicativos, errores de apreciación de pruebas, pero no dice si tales errores son de hecho o de derecho.

Desde este punto de vista la demanda no reúne, como atrás se dijo, las condiciones de técnica que la ley exige, y por ese solo hecho podría considerársela ineficaz.

No obstante, se entra a estudiar los cargos aducidos, para demostrar que la sentencia no incurrió en errores de hecho, que resulten de manifiesto en los autos,

ni en errores de derecho que impongan su infirmación.

El error de hecho, ha dicho la Corte, “consiste en la creencia equivocada de que ha sucedido una cosa que en realidad no ha sucedido, o que, al contrario, ha dejado de suceder un hecho consumado y probado plenamente”; y el error de derecho “es la noción equivocada que uno tiene de las disposiciones de la ley”, o, en otros términos, el error de derecho consiste, “ya en juzgar falsamente el hecho a la luz de la ley, ya en una interpretación absurda de ella, ya en su equivocada aplicación al caso de la litis”.

Según esto, es incuestionable que en el caso que se contempla no existe un evidente error de hecho, al cual pueda referirse el recurrente, y es forzoso concluir que éste acusó la sentencia por estimar que el Tribunal incurrió en errores de derecho al apreciar la prueba que arroja el convenio celebrado entre los señores Bernardo Jaramillo Sierra, Félix Mejía y Lázaro Restrepo R., y al dejar de apreciar legalmente el memorial suscrito por Bernardo Jaramillo Sierra en que manifestó al Gobernador de Antioquia que concedía permiso a Jorge Jaramillo M. para denunciar una mina de oro, situada en terrenos de su propiedad dedicados a la agricultura y a la ganadería.

Pero concretada así la acusación de la sentencia, encuentra la Corte que tampoco son aceptables los cargos formulados contra ella, por las razones que pasan a expresarse:

De una parte, el Tribunal no le dio al convenio de que se ha hecho mérito, por sí solo, el valor de plena prueba, sino que lo complementó con lo declarado al respecto por Bernardo Jaramillo Sierra, con el resultado de una inspección ocular practicada en el juicio y con la confesión hecha en posiciones por el demandante Jorge Jaramillo M., y el recurrente no demuestra en qué consiste el error de derecho que alega, ni siquiera cita las disposiciones legales relativas a la apreciación de pruebas que considere violadas.

Respecto a la interpretación que de ese

convenio hizo el Tribunal, para concluir que él entraña también el permiso concedido por Jaramillo Sierra a Mejía y Restrepo para denunciar la mina Graciano, es preciso decir que la Corte ha sostenido siempre que los Tribunales tienen libertad para apreciar los hechos e interpretar los contratos, de tal suerte que aquélla sólo puede variar la sentencia en el evento de que ésta contenga errores de hecho o de derecho, que en el caso que se estudia no se ha demostrado que existan.

Se alega asimismo por el recurrente que el Tribunal no tuvo en cuenta la prueba que resulta del memorial suscrito por Jaramillo Sierra para conceder permiso a Jaramillo M. para denunciar la mina Guayabal, y a esto hay que decir que habiendo estimado el Tribunal que Jaramillo Sierra sí concedió permiso a Mejía y Restrepo para denunciar la mina Graciano, que aparece ser la misma Guayabal, y que tal permiso fue concedido antes que el otorgado a Jaramillo M., no tenía para qué entrar a analizar la prueba referida. Además, la sentencia sí alude a ella, en un párrafo copiado atrás, que dice:

“Todo esto demuestra que Jaramillo S. carecía de facultad para otorgar permiso al señor Jorge Jaramillo para denunciar aquellos minerales, por la razón muy clara de que varios meses antes había ya concedido esa permisión a los seño-

res Restrepo y Mejía, y que éstos en ejercicio de ella habían procedido a dar el aviso y denuncia. Y demuestra también que Jaramillo M., quien tenía conocimiento claro de ese primer convenio, se encontraba imposibilitado legal y moralmente para obtener nuevo permiso, que vulneraba los derechos de terceros”.

Es suficiente lo dicho para concluir que no prosperan los cargos formulados contra la sentencia acusada, la cual no ha de infirmarse.

A virtud de las consideraciones que preceden, 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 Medellín, con fecha diez 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 — Isaiás Cepeda — Ricardo Hinestroza Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.



ACCION JUDICIAL. — DEMANDA. — PRESUNCION DE VALIDEZ DE ACTOS CELEBRADOS, APARENTEMENTE CON LAS FORMALIDADES LEGALES.

1.—Según los comentaristas, acción judicial es la vía legal que tenemos para perseguir o reclamar en juicio lo que nos pertenece o se nos debe por otro. El ejercicio actual de una acción constituye lo que se denomina demanda, la cual debe contener, en teoría, estos elementos: 1º El fundamento jurídico, es decir, el principio o texto legal que reconoce u otorga la acción; 2º El hecho que da ocasión a la aplicación de ese principio o texto legal, y 3º Las conclusiones, es decir, las pretensiones del demandante. De manera que para que una demanda o acción judicial prospere y sea admisible, es indispensable que llene los requisitos apuntados, pues si alguno de ellos faltare el juez debe rechazarla. La acción ha sido establecida por la ley para alterar o cambiar una situación jurídica, creada, o por voluntad de las partes o por el querer del legislador, lo que indefectiblemente conduce a la conclusión de que la acción que no persiga esa finalidad no puede prosperar. De estos principios han concluido la doctrina y la jurisprudencia que hay determinadas acciones que no pueden aceptarse por los jueces, cuales son, entre otras, las que los expositores apellidan INTERROGATORIAS, cuyo objeto es obligar al demandado a que explique qué consecuencias se propone sacar de tal o cual facultad que le pertenece, o saber si tiene o no determinadas pretensiones fundadas en éste o en aquel título. También se ha aceptado uniformemente que si la acción se funda en un documento público y solemne, no es necesario intentar juicio para que se declare la vali-

dez del acto y como consecuencia el derecho que de él nace, porque como documento público está amparado por la presunción de validez, mientras no se demuestre, en juicio contradictorio, su nulidad u otro vicio que lo invalide, y, por tanto, él produce todos sus efectos legales sin que se necesite una declaración judicial al respecto. (Artículos 1759 C. C.). 2.—Existiendo a favor de los actos celebrados, aparentemente, con las formalidades legales, la presunción de validez, sería insensato e injustificable que se ocurriera a la justicia ordinaria demandando la validez de un acto que ni los otorgantes ni los terceros han tachado de nulo o de inválido. Y esto es de rigor porque si las partes o los terceros tuvieran que ocurrir a los jueces pidiendo la declaración de validez del acto solemne que ellos voluntariamente han celebrado, sería acabar con la fe pública que estos merecen por sí mismos, y con la de los funcionarios públicos encargados de darla, fe que es necesaria para la estabilización de las relaciones humanas, ya sean de familia, ya sociales o comerciales. 3.—Una de las principales diferencias que hay entre la prescripción adquisitiva y la extintiva es que en tanto que la primera puede ser acción o excepción, la segunda, por su propia naturaleza, no puede ser alegada sino como fuente de una excepción.

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

(Ponente: magistrado Dr. José Miguel Arango)

Angelita Guerra viuda de Abel Garcés y los hijos legítimos de ese matrimonio Hermógenes, Emilio y Enriqueta Garcés de López, terminados los inventarios judiciales de los bienes que dejó el señor Garcés, convinieron de mutuo acuerdo, y en uso del derecho que consagra el artículo 1382 del Código Civil, verificar la partición extrajudicial de los bienes del causante, para lo cual extendieron la escritura número 401, de 11 de septiembre de 1926, pasada ante el notario del Circuito de Sandoná.

Tiempo después de haberse efectuado esa partición amigable, parece que la señora Enriqueta Garcés de López, instauró juicio ante el Juzgado Primero del Circuito en lo Civil de Pasto, para que se procediera a la división judicial de los bienes que ya se habían partido extrajudicialmente, por la escritura 401 memorada.

Emilio y Hermógenes Garcés y Angelita Guerra de Garcés, quizás con el objeto de entorpecer el juicio divisorio de los bienes del señor Garcés, instauraron ante el Juez Segundo del Circuito de Pasto, demanda contra la señora Enriqueta Garcés de López, para que por sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

“Primera.—Que está real y legalmente hecha la división de los bienes sucesionales del que fue señor Abel Garcés en la forma amigable o extrajudicial que lo permite el artículo 1382 del Código Civil, división de que da noticia la escritura pública número 401 de 11 de septiembre de 1926 otorgada en la notaría del municipio de El Tambo, la que ha sido debidamente registrada, acto suscrito por todos los interesados o coasignatarios en la sucesión del señor Abel Garcés;

“Segunda.—Que está prescrita o extinguida la acción de nulidad o rescisión de la expresada división efectuada amigablemente por todos los coasignatarios, para el caso en que ese acto adoleciera de algún defecto o causa de nulidad, en virtud de haber transcurrido el tiempo previsto por la ley para hacer valer esta acción;

“Tercero.—Que han adquirido por prescripción ordinaria adquisitiva el dominio de todos los bienes muebles e inmuebles que por la cláusula 2 de la escritura número 401 de 11 de septiembre de 1926, les fue adjudicado a mis mandantes señores Angelita Guerra v. de Garcés y Emilio y Hermógenes Garcés como efecto de la división amigable efectuada entre ellos y la demandada Enriqueta Garcés de López de los bienes sucesionales del que fue señor Abel Garcés, por el título especial de dominio que se transfirieron recíprocamente sobre esa parte determinada de bienes, unido a la posesión real en que han estado de ellos desde la fecha de la división hasta el día de hoy.

“Cuarto.—Que está obligada la señora Enriqueta Garcés de López a pagar a mis representantes la suma de mil pesos (\$ 1.000), como perjuicio por la violación del contrato de división amigable que concertaron por medio de la escritura número 401 de 11 de septiembre de 1926, perjuicios consistentes en continuar la demandada un juicio de división judicial de los mismos bienes que ya fueron divididos y adjudicados por medio de la escritura antes citada;

“Quinto.—Que está obligada la demandada a pagar las costas de este juicio si se opone a las declaraciones que anteceden, pedidas a ese juzgado”.

Sentencias

Agotada la tramitación, el juez de la instancia, en sentencia de 1º de septiembre de 1939, declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada, y la absolvió de los cargos formulados por los demandantes, basándose en que éstos no presentaron “siquiera la escritura pública debidamente registrada de que se habla en el libelo”, y sin ella no se puede hacer consideraciones para deducir si la división amigable que ella contiene está o no ajustada a derecho, ni si está prescrita o no la acción de nulidad, ni menos si la demandada debe pagar los perjuicios.

El Tribunal de Pasto que conoció de es-

te asunto, en grado de apelación interpuesto por el demandante, confirmó la sentencia del juez basado principalmente en que no se había comprobado el estado civil de los demandantes; ni se había traído al juicio copia de los inventarios de los bienes del señor Garcés; ni se había demostrado el derecho que cada asignatario podía tener en los bienes herenciales.

Contra ese proveído se interpuso recurso de casación que se admitió, y que hay que decidir por haberse terminado su actuación judicial.

Recurso

El recurrente alega como causales de casación la primera y la segunda de las señaladas en el artículo 520 del Código Judicial, pero apenas expone los motivos en que funda la primera, dejando de mano la segunda, que no la fundó en el respectivo recurso.

Considera el recurrente, en primer término, que el fallo viola los artículos 1494, 1495, 1602 y 1603 del Código Civil porque la división de bienes en una sucesión, no es un mero acto legal sino un verdadero contrato por medio del cual los condueños aceptan la parte de bienes que les corresponde en una comunidad, y reconocen a la vez la parte de aquellos que le corresponde a los otros condueños, porque los contratos tienen su origen en las distintas fuentes de que trata el artículo 1494 del Código Civil, en relación con el 1495 de allí, disposiciones que han sido violadas al desconocer por el fallador el valor jurídico que tiene en sí la convención o contrato de partición amigable, a que hace referencia la escritura 401 de 11 de septiembre de 1926.

Como consecuencia de lo anterior, se afirma en el recurso, que se violaron igualmente y de manera directa, los artículos 1602 y 1603 del Código Civil que establecen el principio jurídico de que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, el cual no puede ser invalidado sino por el mutuo consentimiento de las partes. Esos contratos

deben ejecutarse de buena fe y no pueden ser desconocidos ni vulnerados, como lo ha hecho la sentencia que se abstuvo de reconocer el valor legal definitivo que entraña el acto de partición mencionado.

Considérase que el fallo ha dado una interpretación errónea a los artículos 1382 y 1759 del Código Civil, así: el primero, por cuanto el sentenciador para darles validez a la división extrajudicial, exigió como requisitos indispensables ciertos antecedentes, como la comprobación del carácter de herederos de los otorgantes y la diligencia de avalúo de los bienes sucesionales, antecedentes que en manera alguna exige el artículo 1382; y el segundo, o sea el 1759, al desconocer el valor de la escritura 401 de 11 de septiembre de 1926 y del acto o contrato contenido en ella, ya que los instrumentos públicos hacen plena prueba contra los otorgantes respecto de las declaraciones que en él hayan hecho.

Estudios de los motivos

Para la Corte es evidente que el sentenciador quebrantó el artículo 1759 del Código Civil y lo violó, porque desconoció la legalidad del acto de partición y lo invalidó por causas que no fueron las alegadas en las instancias del juicio, siendo así que él debe ejecutarse de buena fe y que obliga a las partes no sólo en lo que él se expresa, sino a todo lo que emana precisamente de la naturaleza de la obligación o le pertenece a ella, por ley, y porque si el instrumento público hace fe respecto de las partes, en cuanto a las declaraciones que en él hayan hecho los otorgantes, es de toda evidencia que no se podía decir, como lo aseveró el sentenciador, que el acto de partición no estaba ajustado a las prescripciones legales.

Habría que casar el fallo por estos motivos anticipando desde ahora, que el sentenciador llegó a esas conclusiones, negativas ellas, a pesar de que en la demanda se pedían resoluciones afirmativas, cuales eran las de que la partición se había hecho legal y realmente.

Para resolver en instancia lo que sea del caso, conviene sentar algunos principios generales, como cotos jurídicos, a la luz de los cuales se estudiará la acción incoada, y la demanda presentada por el apoderado de la señora Angelita Guerra v. de Garcés y los señores Emilio y Hermógenes de este último apellido.

Definen los comentaristas la acción judicial, diciendo que es la vía legal que tenemos para perseguir o reclamar en juicio, lo que nos pertenece o se nos debe por otro.

El ejercicio actual de una acción constituye lo que se denomina demanda, la cual debe contener, en teoría, estos elementos:

1º El fundamento jurídico, es decir el principio o texto legal que reconoce u otorga la acción;

2º El hecho que da ocasión a la aplicación de ese principio o texto legal y,

3º Las conclusiones, es decir las pretensiones del demandante.

De manera que para que una demanda o acción sea admisible y prospere, es indispensable que ella llene los requisitos apuntados, pues si algunos de ellos faltaren, el juez debe rechazarla.

La acción ha sido establecida por la ley para alterar o cambiar una situación jurídica, creada, o por voluntad de las partes o por el querer del legislador, lo que indefectiblemente conduce a la conclusión de que la acción que no persiga esa finalidad, no puede prosperar.

De estos principios ha concluido la doctrina y la jurisprudencia, que hay determinadas acciones que no pueden aceptarse por los jueces, cuales son, entre otras, las que los expositores apellidan **INTERROGATORIAS**, cuyo objeto es obligar al demandado a que explique qué consecuencias se propone sacar de tal o cuál facultad que le pertenece, o saber si tiene o no determinadas pretensiones fundadas en éste o aquel título.

También se ha aceptado uniformemente, que si la acción se funda en un documento público y solemne, no es necesario intentar juicio para que se declare la va-

lidez del acto y como consecuencia el derecho que de él nace, porque como documento público está amparado por la presunción de validez, mientras no se demuestre, en juicio contradictorio, su nulidad u otro vicio que lo invalide, y por tanto él produce todos sus efectos legales sin que se necesite una declaración judicial al respecto.

Esta presunción está consignada en el artículo 1759 del Código Civil que considera que las declaraciones que hagan los interesados en un instrumento público hacen plena fe contra los declarantes y ellas no pueden invalidarse sino por mutuo consentimiento de las partes o por causa legal.

Existiendo a favor de los actos celebrados, aparentemente, con las formalidades legales, la presunción de validez, sería insensato e injustificable que se ocurriera a la justicia ordinaria demandando la validez de un acto, que ni los otorgantes ni los terceros han tachado de nulo o de inválido. Y esto es de rigor, porque si las partes o los terceros tuvieran que ocurrir a los jueces pidiendo la declaración de validez del acto solemne que ellos voluntariamente han celebrado, sería acabar con la fe pública que estos merecen por sí mismos, y con la de los funcionarios públicos encargados de darla, fe que es necesaria para la estabilización de las relaciones humanas, ya sean de familia, ya sociales o comerciales.

Aplicando estos conceptos a la demanda establecida por el apoderado de la señora Guerra v. de Garcés y Emilio y Hermógenes Garcés, fluye forzosamente la conclusión de que ella no reúne los requisitos señalados en los comentarios atrás expuestos.

En efecto, los coasignatarios que suscribieron la escritura de partición, no han desconocido la validez de ella ni del acto allí relacionado, o por lo menos no han ocurrido a la justicia ordinaria con esas pretensiones, de suerte que la presunción de validez, consignada en nuestra ley positiva, ampara el acto contenido en la mencionada escritura y por tanto la demanda

entablada por el apoderado de los señores dichos, carece de fundamento jurídico, porque nuestra ley no reconoce acciones que tengan por finalidad que la justicia declare la validez de un acto que no ha sido atacado por las partes por alguna de las causas que lo invalidan o anulan; carece igualmente la demanda de que se trata, del hecho que da lugar a la aplicación del derecho, porque ninguno de los coasignatarios que firmaron la escritura número 401, han solicitado la nulidad del pacto allí contenido, ni han ejecutado pacto alguno tendiente a desconocerlo, y en tales circunstancias la defensa del pacto no se hace por la vía directa de una demanda, solicitando su validez cuando ésta está de antemano reconocida y amparada por la presunción que consagran los artículos 759 y siguientes del Código Civil.

Debe igualmente considerarse que la demanda intentada en este juicio, puede catalogarse entre las acciones INTERROGATORIAS, porque con ellas se pretende saber si el coasignatario demandado pasa por la partición o si piensa alegar alguna o algunas de las causales legales que la invalidan de acuerdo con el artículo 1405 del Código Civil.

La acción establecida por el apoderado de algunos de los hijos del señor Garcés y por su viuda, se basa en un documento público y solemne, y el acto o contrato allí relacionado está amparado por la presunción de validez y produce o ha debido producir, todos los efectos legales sin necesidad de una declaración judicial sobre su validez, de lo que se sigue que esa acción y su correspondiente demanda, no pueden prosperar ante la justicia ordinaria.

El demandante, no desea ni pretende con su acción cambiar o modificar la situación jurídica producida por la celebración del pacto de división de bienes comunes hereditarios sino al contrario afirmarla, mejor dicho, él no aspira a modificar o cambiar la situación que creó entre los coasignatarios la participación de los bienes del causante señor Garcés, y si no tiene esa aspiración, carece de acción pa-

ra demandar la validez de un acto que las partes no han tachado de inválido y que el mismo recurrente confiesa haberse celebrado, real y válidamente.

Los anteriores conceptos tienen amplio respaldo en el artículo 1405 del Código Civil, que en instancia ya se puede decir que el Tribunal de Pasto lo pasó por alto, porque si las particiones no se pueden anular o rescindir sino de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos, es decir por las causales de nulidad, que como nulidades son taxativas, la demanda o la acción que persiga esa nulidad o rescisión tiene que basarse en los motivos que engendra la nulidad absoluta o la relativa, pues por ambas se puede anular una partición, ya que el artículo en comento no distingue entre nulidades absolutas y relativas. De suerte que las particiones extrajudiciales son nulas cuando les falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del acto o contrato o por objeto o causa ilícita o por error, fuerza o dolo, nulidades una y otra que tienen sus modalidades propias respecto de la manera como deben ser declaradas y respecto de las personas que tienen derecho a solicitarla.

Visible es la improcedencia del pedimento dirigido a obtener la declaración de que está extinguida por prescripción la acción para pedir la nulidad del acto de partición extrajudicial a que se ha hecho referencia, porque la prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales produce el efecto jurídico de privar al acreedor que ha permanecido inactivo o negligente durante el tiempo que la ley determina, de su acción o vía legal para ejercitar su derecho, de tal modo que el beneficiario de la prescripción extintiva no tiene otra oportunidad para alegarla que la que le da el ejercicio de la acción correspondiente, ni otra forma, por consiguiente, que excepcionando en la oportunidad legal. Una de las principales diferencias que hay entre la prescripción adquisitiva y la extintiva es que en tanto que la primera puede ser acción o excepción, la segunda, por su propia natura-

leza, no puede ser alegada sino como fuente de una excepción.

La petición cuarta de la demanda, independiente de las anteriores y con fundamento distinto, tampoco puede progresar, porque en instancias no se acompañó la prueba de que la demandada haya instaurado juicio de división de los bienes de su padre, ya partidos extrajudicialmente.

En vista de las consideraciones expuestas la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley **FALLA:**

1º Infírmase la sentencia del Tribunal de Pasto de fecha veintiuno de junio de mil novecientos cuarenta.

2º Revócase la sentencia de primera instancia.

3º Los demandantes Angelita Guerra v. de Garcés y sus hijos Hermógenes y Emilio carecen de la acción que han intentado para que se declare real y legalmente hecha la división de los bienes sucesionales del señor Abel Garcés, a que se refiere la escritura número 401 de 11 de septiembre de 1926.

4º Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Isafas Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

OBLIGACIONES EN ORO COLOMBIANO.— DEPOSITO CIVIL Y DEPOSITO BANCARIO.

1.—Las obligaciones contraídas en oro colombiano acuñado se solventan a la par con billetes representativos de oro o billetes del Banco de la República. La norma del inciso 2º del artículo 2º de la Ley 46 de 1933 constituye una regla clara, invariable y precisa, que adaptándose a las instituciones fundamentales del Estado, determina el modo como se solucionan las obligaciones contraídas en oro colombiano acuñado. Esta solución no es otra sino la de su pago en billetes colombianos representativo de oro o en billetes del Banco de la República. El tenor literal claro y preciso de tal norma no admite otra interpretación, que se conforma además con el espíritu del legislador, el espíritu jurídico en que se inspiran las leyes sobre deudas. Esa norma es, además, general, no admite excepción alguna y se aplica bien sean los acreedores personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. Sobre el particular no hay ninguna excepción. 2.—El contrato de depósito que regula el Código Civil se configura de una manera jurídica muy distinta del contrato de depósito bancario, pues las disposiciones de aquel código no pueden ser aplicables al depósito comercial que se rige por las disposiciones del título 14 del libro 2º del C. de Co. Fuera del depósito propiamente civil y del comercial ha existido siempre el depósito bancario, que sigue sus normas especiales según el artículo 945 del C. de Co.

tinieve de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Los hechos incontrovertibles e incontrovertidos en el debate judicial que hoy se cierra con la presente sentencia, son éstos: el 19 de noviembre de 1928 Pedro José Londoño depositó en la Sucursal del Banco de Colombia, en Manizales, en cuenta especial denominada "oro acuñado" la cantidad de \$ 6.385,00 en monedas de oro colombiano. El 2 de diciembre de 1929 el expresado señor Londoño depositó en el mismo Banco y para la misma cuenta la cantidad de \$ 500.00 en monedas de oro colombiano. El Banco expresado, de acuerdo con sus reglamentos y leyes bancarias estuvo abonando a esa cuenta, los intereses correspondientes hasta el día 31 de agosto de 1933, quedando en ese día la cuenta a favor de Londoño por capital e intereses, arrojando un saldo de siete mil seiscientos noventa y seis pesos con cincuenta centavos (\$ 7.696.50); Muerto el señor Londoño, se adjudicó a su viuda doña María Josefa Jaramillo de Londoño, en el juicio de sucesión de aquel el depósito que había hecho en el Banco mencionado.

Sobre estas bases la señora viuda de Londoño demandó al Banco de Colombia, Sucursal de Manizales, para que fuera condenado a entregarle la cantidad de siete mil seiscientos noventa y seis pesos con cincuenta centavos (\$ 7.696.50) en oro colombiano acuñado de la ley y peso actuales, o su equivalente en moneda corriente al precio fijado por el Banco de la República para la compra de oro en la fecha de la contestación de la demanda y con sus intereses en la misma moneda

desde el primero de septiembre de mil novecientos treinta y tres y por las costas del juicio. Como subsidiaria suplicó la condena del Banco para que devolviera la misma suma demandada, en oro acuñado de la ley y peso actuales, o su equivalente en moneda corriente al precio que fije el Banco de la República en la fecha en que se verifique el pago, con sus intereses correspondientes en la misma moneda desde el 1º de septiembre de 1933. Como subsidiaria de la demanda de intereses pidió que se condene al Banco a pagar los legales desde la fecha de la contestación de la demanda, en cualesquiera de las dos peticiones anteriores.

El Juez Primero del Circuito de Manizales, en sentencia de 23 de mayo de 1938 negó las declaratorias solicitadas por la parte actora. Apelada tal sentencia por la parte vencida, la demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en fallo de 4 de marzo del año próximo pasado, revocó el del inferior y en su lugar condenó al Banco demandado a devolver a la señora María Josefa Jaramillo v. de Londoño, tres días después de ejecutoriada la sentencia, la cantidad de siete mil seiscientos noventa y seis pesos, cincuenta centavos (\$ 7.696.50) en billetes nacionales representativos de oro o billetes del Banco de la República y absolvió al Banco demandado de los demás cargos de la demanda.

Recurrió en casación el personero de la viuda de Londoño y hoy pasa a decidirse sobre el recurso.

Como cuestión previa la Corte acoge la siguiente observación del Tribunal: "La divergencia de los litigantes no consiste en la existencia o no existencia del depósito sino en cuanto a especificación de la moneda en que deba pagar el Banco o la equivalencia en billetes del Banco de la República con la moneda depositada". En verdad el debate ha girado sobre este extremo y sobre él están enfocados la sentencia recurrida, la demanda de casación y el alegato de la parte opositora.

La sentencia se funda sobre las siguientes bases: a) el contrato de depósito ce-

lebrado entre el señor Londoño y el Banco demandado, se rige no por las disposiciones respectivas del Código Civil sino por el que condicionan y reglamentan las leyes bancarias; b) en que el libre comercio de oro fue prohibido quedando el Banco de la República exclusivamente con la facultad de ejercerlo y que en virtud de esa prohibición los saldos de depósito en oro, en los bancos particulares, pasaron y el del señor Jaramillo, pasó, según está comprobado en autos, al Banco Emisor, todo esto de acuerdo con las Leyes 99 y 119 de 1931 y de los Decretos Ejecutivos 1,683 de 24 de septiembre de 1931 y 1,723 de 30 de septiembre del mismo año y de acuerdo también con las Resoluciones de la Junta de Control de Cambios y Exportaciones; y c) en que de acuerdo con el inciso 2º del artículo 2º de la Ley 46 de 1933, las obligaciones contraídas en oro colombiano acuñado se cubrirán a la par en billetes colombianos representativos de oro o en billetes del Banco de la República, disposición ésta que regía al tiempo de la presentación de la demanda y que fue sustituida por el artículo 3º de la Ley 167 de 1938 con igual alcance que el anterior y cuyo texto en lo pertinente es éste: "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". Finalmente, el fallador de segunda instancia concluye que no hay lugar a los intereses demandados y para ello se funda en lo siguiente: Dispuso el Acuerdo N° 3 mencionado antes que la cuenta que debía abrir el Banco de la República a los Bancos particulares para los envíos de existencias de oro acuñado sería en cuenta corriente en dicha especie y según la resolución de la Superintendencia Bancaria de 8 de agosto de 1933 los Bancos no pueden en ningún caso abonar intereses sobre cuentas corrientes. Por eso no son exigibles los intereses de la suma de ésta fecha en adelante".

Convirtió pues a la par el fallador, el

depósito en oro con los intereses que había devengado hasta julio de 1933, en moneda corriente, billetes nacionales representativos de oro o billetes del Banco de la República y a esa suma que monta la cantidad de \$ 7.696.50 condenó al Banco demandado.

Apoyado en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial el recurrente hace varios cargos a la sentencia, que pasan a estudiarse en el mismo orden en que han sido propuestos.

Acusa en primer término la sentencia por violación directa del artículo 2º de la Ley 46 de 1933, por haberla aplicado, en su concepto, de manera indebida por cuanto sacrificó las disposiciones de los acuerdos números 3 y 4 de 28 de septiembre y de 30 de septiembre de 1931 de la Comisión de Control y Operaciones de Cambio y el acuerdo número 9 de la misma entidad, en el punto 3º letra A.

La disposición violada según el sentir del recurrente, dice así, según se vio atrás en lo pertinente: "Las obligaciones contraídas en oro colombiano acuñado se cubrirán a la par en billetes colombianos representativos de oro o en billetes del Banco de la República".

Para contestar el cargo anterior es no sólo pertinente sino necesario que la Corte se refiera a la sentencia dictada por la Sala Plena en la demanda sobre inexecutable del mencionado artículo 2º de la Ley 46 de 1933 por cuanto allí se estudió no sólo la exequibilidad y alcance de dicha disposición sino porque emanando de la más alta autoridad judicial del país, en ejercicio de una alta prerrogativa constitucional, constituye un criterio muy seguro para la interpretación de esa norma, interpretación que no es otra distinta de la que se le hará en este fallo, o sea que las obligaciones contraídas en oro colombiano acuñado se solventan a la par con billetes representativos de oro o billetes del Banco de la República, por las razones aducidas en el fallo que decidió sobre la exequibilidad del mencionado artículo 2º.

En sentencia de la Sala Plena de la

Corte de 25 de febrero de 1937 (Tomo XLIV números 1920/21 de la Gaceta Judicial, páginas 617 y siguientes) dijo la Corte: "El artículo 2º de la Ley 46 de 1933 determina el valor de la moneda nacional en curso en relación con el oro amonedado, tanto colombiano como extranjero, y modifica, en lo relativo al pago de las obligaciones contraídas en valutas extranjeras, las disposiciones legales vigentes en ese entonces, en el sentido de establecer el monto que debe tenerse en cuenta para ser reducidas a moneda colombiana...

...El régimen monetario está integrado esencialmente por dos elementos: una tabla de cálculo de unidades abstractas y un conjunto de cosas utilizadas como signos monetarios, en los cuales se materializan, con la relación numérica de que se trate, aquellas unidades. A consecuencia de lo dicho se ha podido definir en derecho el dinero como "aquellas cosas que en el comercio, se entregan y reciben, no como lo que físicamente representan, sino solamente como fracción, equivalente o múltiple de una unidad ideal"... La primera función de la moneda es la de servir de talón de valores, evitando el trueque, por medio del instrumento general de cambio que haya sido catalogado en la tabla única de la unidad de cálculo. La segunda de sus funciones es la de servir de medio para solucionar legalmente ciertas obligaciones. En ambas funciones se atiende solamente al número y no a la cantidad en su sentido de masa o montón. Como la autenticidad de las cualidades materiales del signo monetario se halla garantizada por el Estado, aquellas nunca se comprueban... El sistema monetario de un país pertenece a su derecho público. Este, en su aplicación y sus consecuencias, se rige entre nosotros con el criterio de la primacía incondicional de lo público sobre lo privado, por ser ello característico de la democracia. Lo dicho hasta ahora, es la razón de ser, dentro de la teoría constitucional, de la exequibilidad del inciso 2º del artículo que se analiza. En la técnica del derecho civil éste

fenómeno de la primacía del elemento político-formal de la democracia sobre la garantía institucional de la no retroactividad de la ley, forma parte de la noción de orden público. Corresponde, pues, a la Sala de Casación Civil establecer la jurisprudencia para una correcta aplicación de la norma cuya constitucionalidad se reconoce. Todos los tratadistas del derecho que ocasional o sistemáticamente estudian el tema de la moneda, reconocen al Estado como un atributo suyo de todos los tiempos e indiscutible y con el nombre de soberanía monetaria, la facultad de regular ese tráfico en lo relativo, especialmente, a determinar la unidad de medida del valor, la naturaleza y obligatoriedad de los signos monetarios, la exclusión de los extranjeros, la emisión, desmonetización y convertibilidad de la moneda ... El oro, que es una mercancía cuando se utiliza como moneda no se sustrae a las leyes que dirigen el valor de éste. El oro lo mismo que cualquier otro signo monetario, el billete v. y g., no es moneda por razón de su naturaleza metálica, sino porque el Estado así lo dispuso, acuñó la pieza, le otorgó poder liberatorio, la tarifó en la tabla de unidad de valores adoptada por él y le asignó las funciones características de la moneda. Si el precio de la pieza acuñada casi nunca desciende notablemente por debajo de su precio como mercancía, es causa de que la prohibición de fundirla se hace imposible llevarla a la práctica. Al contrario, basta prohibir la acuñación del metal para que su valor monetario se eleve indefinidamente por encima de su valor metálico, conforme a la teoría cuantitativa que llega a la conclusión de que a menor número de piezas en circulación les corresponde un mayor valor. El oro es, pues, un talón monetario casi tan artificial como el papel moneda, y si no lo es débese ello a su implantación mundial como patrón de valores”.

Si como se expresó antes la sentencia cuyas partes pertinentes acaban de transcribirse constituye la más alta fuente de doctrina interpretativa, la siguiente es

de un gran valor doctrinario y desde cuando fue dictada resolvió un caso similar al presente. Las razones expuestas allí son por lo tanto pertinentes en la presente sentencia. De dicho fallo que tiene fecha 25 de abril de 1937 (Gaceta Judicial ya citada) son los siguientes apartes que pueden aplicarse rectamente al caso que hoy se está estudiando y decidiendo: “Ante la nueva realidad, el legislador de 1923, al proveer (Ley 25) a la creación del Banco de la República, en quien delegó la potestad de emitir billetes expresivos de pesos oro (artículo 16), y quien reemplazó a la Junta, tanto de Conversión como de Vigilancia (artículo 24), encargada aquella por la citada ley de 1914 del cambio de billetes ya expresado, estableció que los billetes del Banco no tendrían curso forzoso (artículo 17) pero serían convertibles a su presentación (artículo 19). Llevada a los hechos ésta convertibilidad a la vista, los billetes, tanto los que aún circulaban emitidos por la nación misma, como los que emitió el Banco, quedaron en pie de igualdad, sobre las bases antedichas, con el oro amonedado, y desapareció, como algo a la verdad incongruente con esa realidad nueva y hasta incompleta con ésta, toda diferencia, todo cambio o premio o descuento entre billetes y monedas colombianas... Y fue en la última época que acaba de esbosarse cuando se celebró y cuando se rompió el contrato a que se refiere éste litigio, no sin que antes de aquel, que es el 18 de junio de 1932 se hubiera dictado el Decreto número 1683 de 1931, que suspendió el libre comercio de oro, prohibió la exportación de éste metal y autorizó al Banco de la República para hacer el cambio de sus billetes en giros a la vista sobre Nueva York, a tiempo que, según el mismo decreto, se reglamentó la obtención de giros sobre el exterior en estrechos límites y mediante la Comisión de Control de Operaciones de Cambio con las facultades y deberes indicados rígidamente en el mismo decreto, que rigió desde su fecha (septiembre 24). Así quedó suspendido el cambio de que se viene hablando. Que

ello fue así, aunque la voz suspensión no se pronunciase, lo persuaden las palabras mismas de la ley, pues al dictarse la 46 de 1933 su artículo 2º en el inciso 2º expresamente así lo declara cuando al fijar para lo dispuesto en el inciso precedente el mismo artículo una duración de cinco años hace la salvedad de que antes se haya restablecido el cambio por oro de los billetes del Banco de la República. Así, pues, estando privados tales billetes de su anterior convertibilidad, que había sido efectiva, la ley dispuso que con ellos a la par se cubrirían las obligaciones contraídas en oro colombiano”.

La norma, pues, del inciso 2º del artículo 2º de la Ley 46 de 1933, sometido a un detenido estudio desde el punto de vista constitucional y aplicada a un caso particular constituye una regla clara, invariable y precisa, que adaptándose a las instituciones fundamentales del Estado determina el modo como se solucionan las obligaciones contraídas en oro colombiano acuñado, solución que no es otra sino su pago en billetes colombianos representativos de oro o en billetes del Banco de la República. El tenor literal claro y preciso de tal norma no admite otra interpretación, que se conforma además con el espíritu del legislador, el espíritu jurídico en que se inspiran las leyes sobre deudas. Esa norma es además general, no admite excepción alguna y se aplica bien sean los acreedores y deudores personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. Sobre el particular no hay ninguna excepción.

La anterior exposición ha sido necesaria, a juicio de la Corte, tanto para corroborar la doctrina sobre el citado inciso 2º del artículo 2º de la Ley 46 de 1933 como para contestar la parte fundamental del cargo hecho a la sentencia en el primer capítulo de la acusación, cargo que consiste en violación de la norma que acaba de citarse por haberla aplicado el Tribunal indebidamente, toda vez que hizo caso omiso de las disposiciones a que se refieren los acuerdos 3 y 4 de 28 de septiembre y de 30 de septiembre de 1931

y el marcado con el número 9, expedido por la Comisión de Control y Operaciones de Cambio.

La Corte considera a éste respecto dos puntos: si esos acuerdos, que tienen fuerza de ley, son contrarios al artículo que dice el recurrente fue indebidamente aplicado, dicho artículo ha debido prevalecer, por cuanto la ley posterior prima sobre la anterior. Luégo en el concepto de contradicción, que no lo hay, entre los acuerdos y el artículo 2º de la Ley 46 de 1933, ha debido aplicarse éste al caso del pleito, como lo hizo el Tribunal. Pero no existe la contradicción que apunta el recurrente. Los acuerdos mencionados no son sino una parte de la actuación del Estado, tendiente a regularizar los cambios internacionales, defender las divisas metálicas y prohibir el libre comercio del oro, medidas que como consecuencia de la post-guerra adoptaron todos los países. El artículo 2º mencionado es un corolario, una consecuencia de esas medidas. En efecto: el acuerdo número 3º dispone que todos los Bancos establecidos en el país, nacionales o extranjeros, deben llevar inmediatamente sus existencias de oro acuñado al Banco de la República donde se les abrirá una cuenta de depósito; el acuerdo número 4 autoriza a los Bancos para que reciban de sus clientes consignaciones en oro acuñado, el cual debe ser enviado directamente al Banco de la República según el acuerdo anterior y el acuerdo número 9 dispone entre otras cosas que cuando los depositantes deseen retirar fondos el Banco respectivo puede pagar en moneda legal o en giro a cargo de su cuenta por oro acuñado en el Banco de la República. Pero es de observar que posteriormente se dispuso que el Banco de la República no puede atender al pago de giros en cheques pagaderos en oro.

Se ve por lo anterior que además de no existir contradicción entre los acuerdos y la ley, ésta, consecuencia de las disposiciones sobre deudas, y dado su carácter general, debía aplicarse como se aplicó al caso del pleito.

Cuando se inició éste litigio regía el mencionado artículo 2º de la Ley 46, cuando se falló, en segunda instancia, había sido derogado y reemplazado por el artículo 3º de la Ley 167 de 1938, que reprodujo el artículo derogado y que dice así: "Las obligaciones contraídas en oro colombiano acuñado o en moneda legal colombiana se solventarán a la par con billetes representativos de oro o billetes del Banco de la República".

Las observaciones sobre el alcance de aplicabilidad del artículo 2º de la Ley 46 de 33, son por lo tanto aplicables al artículo 3º de la Ley 167 de 1938, cuya parte pertinente acaba de transcribirse.

Basta lo anterior para concluir que los cargos contenidos en el primer capítulo de la acusación no pueden prosperar.

El segundo capítulo de la acusación contiene dos cargos que deben estudiarse separadamente. Es el primero violación de los artículos 2º y 85 de la Ley 45 de 1923 sustituido por el artículo 10º de la Ley 57 de 1931, y se funda en que de acuerdo con los preceptos que acaban de citarse los Bancos depositarios debían devolver a los depositantes, la misma especie de moneda que de éstos habían recibido. Las normas citadas como violadas autorizaron a los Bancos para recibir dinero en depósito y darlo en préstamo, pero como se vio al estudiar el cargo anterior y además como está comprobado, en virtud de las leyes sobre deudas los Bancos fueron obligados a remitir al Banco de la República las especies metálicas de los depósitos, y esas leyes de imperio general a cuyo cumplimiento no podían sustraerse los Bancos, no permitieron a éstos, y por prohibición legal, devolver o pagar a sus clientes, depositantes de especies en metálico, la misma clase de monedas que habían consignado, sino que, como ya se vio, en tratándose de depósitos en oro acuñado colombiano, los Bancos, por disposición del legislador solventaban sus deudas con los particulares, pagando esos depósitos, a la par, en billetes representativos de oro o del Banco de la República.

Siendo así lo anterior, el primer cargo es infundado.

En el segundo, violación de los artículos 2240 y 2253 del Código Civil, porque aun cuando el recurrente cita el 2440, claramente se ve que es un error de máquina.

El recurrente estima que en el caso de este pleito han debido aplicarse las normas antes expresadas, o sea que el litigio ha debido regularse por las normas del depósito y secuestro de que trata el título 31 del Código Civil, en lo pertinente.

La Corte no acepta este cargo por las siguientes razones: a) Porque el contrato de depósito que regula el Código Civil se configura de una manera jurídica muy distinta del contrato de depósito bancario; b) Porque ni siquiera las disposiciones del Código Civil pueden ser aplicables al depósito comercial, que se rige por las disposiciones del título 14 del libro 2º del Código de Comercio, y c) Porque fuera del depósito propiamente civil y del comercial ha existido siempre el depósito bancario, que sigue sus normas especiales según el artículo 945 del Código de Comercio. En efecto: desde la expedición del Código Civil quedaron sometidos a un régimen especial y distinto los depósitos de carácter mercantil y bancario, regido este último por los estatutos de los establecimientos de crédito. Más tarde, por un principio de seguridad general intervino el Estado en el régimen bancario y dictó leyes especiales sobre los depósitos pero sin asimilar nunca éstos a los depósitos llamados propiamente de carácter civil. Mucho antes, en 1895, de la intervención del Estado en Colombia, en asuntos bancarios, esta Corte en sentencia de 11 de marzo de dicho año, estudió la configuración jurídica de los depósitos bancarios, y consideró estos contratos como de mutuo, y no regidos por las disposiciones sobre depósito que consagra el Código Civil. Los expositores de derecho comercial, entre nosotros, siguen esa misma doctrina, que es idéntica a la sostenida por los más reputados autores que

se han ocupado en ésta materia como Lyon Caen y Joseph Hamel (Banques et Operations de Banque, edición de 1933).

El legislador colombiano basó la Ley 45 de 1923, que reglamentó la industria bancaria en esa misma doctrina, configuró claramente el carácter, extensión y finalidades de los depósitos bancarios, que se rigen precisamente por la citada ley, especial sobre la materia no siendo por lo tanto aplicables a esos casos las disposiciones del Código Civil.

Si es cierto, que en principio los Bancos depositarios debían devolver a los depositantes en la misma especie de moneda que éstos habían entregado, prestado o consignado a aquellos, ya se vio y se explicó cómo por efecto de las leyes sobre deudas, los Bancos deben solventar esas obligaciones, inicialmente consignadas en oro colombiano acuñado, en billetes del Banco de la República.

En el último capítulo de la acusación, el recurrente señala como violado los artículos 604 y 606 del Código Judicial y 1769 del Código Civil, porque en su concepto, desconoció los hechos primero, segundo, tercero y cuarto de la demanda y su contestación, como prueba del contrato de depósito bancario que obliga al Banco a devolver la especie depositada.

Este último cargo también es infundado por lo que sigue: el Banco demandado aceptó desde la contestación de la demanda la existencia del contrato de depósito bancario con la demandante; la di-

vergencia como se apuntó ya, no consiste sino en la clase de moneda que debe pagar el Banco quien desde el principio ha manifestado que está pronto a solventarla en billetes del Banco de la República conforme a la ley. El Tribunal tuvo en cuenta los hechos de la demanda citados por el recurrente, tuvo en cuenta la contestación del Banco demandado y sobre la base de esas confesiones, y de la existencia del depósito, aplicó para el pago de éste la disposición respectiva o sea el inciso segundo del artículo 3º de la Ley 167 de 1938, que regía cuando dictó su sentencia, y que reemplazó, como ya se dijo, el artículo 2º de la Ley 46 de 1933, y en esto obró jurídicamente, según se vio al estudiar los dos primeros cargos de la demanda de casación.

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

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

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca. El conjuer, Manuel J. Ramírez Beltrán. Pedro León Rincón, Srio. en ppadad.

PERJUICIOS. — RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRA CONTRACTUAL.

1.—El artículo 63 del Código Civil no es mandamiento que regule obligaciones entre las partes contratantes. Es el 1604 el que señala los casos en que el deudor es responsable por la culpa lata o por la leve o por la levisima, lo que está indicando que este artículo y el 63 que define las culpas, se refieren exclusivamente a las contractuales y a las extracontractuales. 2.—El artículo 2341 del C. C., sienta el principio básico de la responsabilidad por culpa extra-contrato. Como complemento de la norma anterior y de la teoría que ella consagra, el artículo 2356 establece la regla general e invariable de que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Se deduce de la letra y del espíritu de ese precepto que tan sólo se exige que el daño causado fuera de las relaciones contractuales pueda imputarse, para que ese hecho dañoso y su probable imputabilidad al agente o contraventor constituya la base o fuente de la obligación respectiva. Como corolario de esto hay que aceptar que el artículo 2356 establece una presunción de responsabilidad que origina y da nacimiento a la presunción de culpa extracontractual que aparece consagrada en los preceptos normativos antes citados. Y de los anteriores principios hay que deducir que la carga de la prueba no corresponde al damnificado sino que corre a cargo del agente negligente, imprevisivo y descuidado que por malicia o negligencia causó el daño.

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

(Ponente: magistrado Dr. José Miguel Arango).

Antecedentes

El 30 de julio de 1934, la Compañía de Samacá solicitó del Ministerio de Industrias y Trabajo licencia, por el término de cincuenta años, para derivar del río Gachanecá, en la vereda de la Chorrera, del municipio de Samacá, en el departamento de Boyacá, hasta la cantidad de trescientos litros de agua por segundo, para dar movimiento a sus máquinas en las varias fábricas de su propiedad.

Tiempo después, el doctor Julio Matiz, gerente de la compañía, adicionó la anterior petición en el sentido de que se concediera a ésta, por el mismo término de cincuenta años, permiso para ocupar el lecho del río con la construcción de represas para el almacenamiento de las aguas anteriormente indicadas.

El gobierno nacional concedió la licencia solicitada, en resolución de fecha 5 de junio de 1935, publicada en el Diario Oficial número 22959, en la cual se especificó:

1º Los trabajos de las obras que se permiten construir por medio de esta resolución deben principiar dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la ejecutoria de dicha providencia y la planta quedará instalada, con una capacidad de seiscientos caballos de fuerza dentro de tres años, que comenzarán a contarse desde la misma fecha.

2º Las obras que se construyan en el lecho del río con el objeto de represar y

almacenar las aguas, deben reunir las condiciones técnicas de solidez y estabilidad necesaria, a fin de prevenir, en todo tiempo y especialmente en épocas de lluvias, los perjuicios de cualquier naturaleza que pudieran causarse a terceros por defecto de construcción.

3º Dentro de noventa días siguientes a la ejecutoria de la presente resolución la compañía deberá someter a la aprobación del gobierno los planos, estudios y proyectos definitivos de la obra que va a realizarse.

4º Todo el perímetro de las zonas de embalse del río Gachaneca quedará en condiciones tales que el agua no sobrepase los límites fijados en el plano respectivo ni permita derrame ni infiltración.

El ministerio al dictar la resolución a que se ha aludido, tuvo en cuenta el concepto rendido por el ingeniero jefe del Departamento de Minas y Petróleos, que dice:

“Conceptúo que la actual altura del muro no puede aumentarse sin que corra serios riesgos su estabilidad, a no ser que se refuerce convenientemente de manera de dar la consistencia requerida a la nueva altura del agua.

“Aún si se deja la actual altura, es conveniente que se hagan ciertas reparaciones, como la obturación de los escapes que tiene, y el arreglo del lecho del río aguas abajo, para evitar que la erosión producida por la caída del agua, cuando rebasa sobre el muro llegue a debilitar la cimentación de éste.

“A continuación del embalse ya construído, es decir aguas abajo, se proyecta formar otro, levantando un nuevo muro de contención de mampostería de piedra sobre el mismo río, en un sitio situado como a un kilómetro y medio del anterior. La arteza que ha de constituir el depósito es morfológicamente bien conformada para el efecto y superficialmente se halla recubierta por una capa vegetal que reposa sobre una capa arcillosa de buen espesor que impermeabiliza el fondo.

“Para el muro de represa se han escogido dos puntos distanciados entre sí unos cincuenta metros, de los cuales, el que en concepto del suscrito, presenta mejores condiciones, para la fundación, es el inferior, pues aquí a lado y lado del río, aflora un banco de arenisca, que probablemente se extiende también por debajo del río, y en el cual se puede anclar y fundar con mayor seguridad el muro.

“Cimentado este muro convenientemente y construyéndolo con las dimensiones requeridas para que resista un coeficiente de seguridad siquiera de 2, los empujes que ha de soportar, y teniendo el cuidado necesario en la obra de mano, no habrá peligro serio para la seguridad de los moradores y de los predios inferiores, por causa del embalse”.

La compañía, en vista de la licencia concedida por el ministerio, elevó el muro de la represa que para almacenar las aguas del río Gachaneca, había construído en el páramo del Rabanal, advirtiendo desde ahora que la empresa emprendió la obra antes de que los planos fueran aprobados por el ministerio, aprobación que no se había dado cuando acaeció el desastre porque hoy se demanda a la compañía.

Elevado el muro, el día primero de noviembre de 1936, como a las diez de la noche, él se rompió y las aguas se desbordaron arrasando varias propiedades, entre ellas la finca denominada San Cayetano y el potrero “Martínez” perteneciente al demandante. En esas propiedades había sementeras de trigo, papa, cebada y una gran cantidad de trigo ya recolectado y amontonado.

Sentencias

Con estos fundamentos, el doctor Alfredo Rivera B., como apoderado del señor Rafael A. Moreno, damnificado en el siniestro, demandó a la Compañía de Samacá, sociedad anónima domiciliada en Bogotá, para que por sentencia definitiva se hicieran estas declaraciones:

1º Que la entidad demandada, Compañía

ña de Samacá, sociedad anónima con domicilio en esta ciudad, es civilmente responsable de la ruptura del muro de la represa construída por la sociedad demandada para los servicios de su fábrica de hilados y tejidos, con las aguas del río Gachaneca, en un sitio del páramo del Rabanal, vereda de la Chorrera en jurisdicción del municipio de Samacá, departamento de Boyacá, ruptura que tuvo lugar el día primero de noviembre del año próximo pasado, y responsable por consiguiente del desbordamiento de las aguas represadas.

2º Que la empresa demandada. Compañía de Samacá, como consecuencia de la responsabilidad de que se trata en el punto anterior, es civilmente responsable de los perjuicios ocasionados a mi poderdante en sus propiedades situadas en Samacá y que fueron inundadas y arrasadas por causa de la ruptura de la represa y del violento desbordamiento de las aguas represadas, y que está obligada y debe pagar a mi poderdante, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la cantidad de dinero que se fije por peritos en el curso del juicio como valor de dichos perjuicios materiales.

3º Si la sociedad demandada se opone a esta demanda se la condena a pagar las costas del juicio.

El juez falló el litigio en 20 de mayo de 1939 declarando a la compañía civilmente responsable, y condenándola a pagar los perjuicios correspondientes cuya cuantía se fijaría en la ejecución de la sentencia, y al pago de costas.

El Tribunal Superior de Bogotá, que conoció del asunto en grado de apelación interpuesta por la Compañía demandada, en decisión de 2 de julio de 1940, confirmó el fallo del inferior en todas sus partes.

En dos bases capitales fundó el fallador de segunda instancia su proveído: una de derecho, con apoyo en el artículo 2356 del Código Civil, que presume que quien causa daño a otro en su persona o en sus bienes, es responsable de él y está en la obligación de repararlo, pagando los

correspondientes perjuicios, si no logra demostrar que hubo caso fortuito, fuerza mayor o intervención de un elemento extraño que pudiera desvirtuar la responsabilidad del agente; y otra de hecho, consistente en la comprobación de que la compañía se apresuró a levantar el muro de contención antes de que el ministerio respectivo aprobara los planos de la obra, faltando así a sus compromisos para con el gobierno, sin que se tratara de demostrar que la construcción se amoldó en un todo a las especificaciones del Ministerio de Industrias y Trabajo.

Recurso

El gerente de la compañía interpuso recurso de casación contra ese fallo, que le fué concedido y como está agotada la tramitación de él, procede la Corte a resolverlo.

Estudio de los motivos

El recurrente considera que el fallo acusado viola indirectamente, por mala apreciación de las pruebas, el artículo 2341 del Código Civil e igualmente el 63 de esa misma obra, a consecuencia de esa mala apreciación, y el 2356 del mismo código, por indebida aplicación al caso del pleito, lo que indica que se ha invocado como motivo de casación el señalado en el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial.

Para sustentar sus acusaciones razona así el recurrente:

“El sentenciador no tuvo en cuenta las siguientes pruebas: a) El permiso solicitado por la Compañía de Samacá, b) Comprobación de que el proyecto y la obra fue encomendada a la pericia del ingeniero civil de la Facultad Nacional, doctor Gustavo Téllez, quien elaboró el plano correspondiente ajustándolo a las prescripciones del Ministerio de Industrias y Trabajo, c) Que los planos y estudios elaborados por el mismo ingeniero, fueron presentados al Ministerio de Industrias y Trabajo para su aprobación, d) Estudios y declaraciones de los ingenieros doctor Hum-

berto Bruno y Enrique Hubash que acreditan que los planos elaborados por el doctor Téllez y sus estudios preliminares, se ciñeron a las exigencias del Ministerio de Industrias y Trabajo para la elevación del muro de la represa, e) Declaraciones de Julio Sánchez, Antonio Sierra y Valentín Navarro que comprueban que la compañía, por medio del administrador de la fábrica, mantenía un guarda celador para vigilar la represa y mantenerla en condiciones que hicieran imposible cualquier siniestro por descuido o negligencia".

Y como el Tribunal, arguye el recurrente, apreció mal estas pruebas o no las tuvo en cuenta al fallar el pleito, quebrantó por indebida aplicación los artículos 63 y 2341 del Código Civil.

Se replica: El Tribunal en la primera parte de su sentencia, hace referencia a la petición elevada por la Compañía de Samacá, al Ministerio de Industrias y Trabajo, solicitando licencia por el término de cincuenta años, para captar las aguas del río Gachaneca para dar movimiento a las máquinas de su fábrica. Refiérese igualmente el Tribunal al memorial de adición, suscrito por el doctor Julio Matiz, gerente de la compañía demandada, en el cual solicita permiso para ocupar el lecho del río para la construcción de represa para el almacenamiento de aguas. Apreció igualmente la licencia concedida por resolución de fecha 5 de julio de 1935, en la cual se especificó los requisitos que debía llenar la represa que se pensaba construir, y expresamente conceptúo, que la compañía, antes de ser aprobados los planos por el ministerio, por sí y ante sí, resolvió dar principio a las obras sin tener la licencia correspondiente del ministerio, y sin que la compañía demandada haya demostrado en este litigio que las obras construídas en el río Gachaneca, sin que se hubieran aprobado los planos de la edificación, se ajustaron en un todo a las especificaciones - señaladas por el gobierno nacional en la memorada licencia.

A la página diez y seis de la sentencia del Tribunal se aprecia, una a una, las siguientes pruebas presentadas por la

parte demandada: a) Los planos y proyectos para la obra de la represa, o elevación del muro de esta, elaborados por el ingeniero de la compañía doctor Gustavo Téllez, b) Declaraciones de los señores Julio Sánchez, Antonio Sierra, Valentín Navarro, Adriano Ramírez y Bernardo A. García, c) Copias de algunas cartas de los vecinos de Samacá dirigidas a la gerencia de la empresa, en que reconocen los beneficios que el valle de Samacá ha recibido con la obra de la represa y d) Diligencia de inspección ocular practicada por el Juez Cuarto del Circuito de Tunja, sobre derrumbe y ruptura de la represa.

Todas estas pruebas fueron estimadas por el Tribunal, y de ese estudio concluyó que la compañía no había demostrado, que en la ruptura de la represa hubiera habido caso fortuito, fuerza mayor e intervención de elemento extraño que pudiera desvirtuar la responsabilidad de la empresa.

Ahora, si en el análisis de esos elementos probatorios, hubiera incurrido el sentenciador en error, la acusación ha debido hacerse, no porque hubiera dejado de apreciar las probanzas, sino porque al estudiarlas había cometido error de derecho, al no darles el valor que la ley les asigna, o error de hecho, afirmando cosas distintas de las que naturalmente se desprenden de las pruebas apreciadas y que resalte, de bulto, a la sola comparación de las probanzas con las consecuencias jurídicas deducidas de ellas por el fallador, o dejado de reconocer lo demostrado por aquellas.

En lo que dice relación a la violación del artículo 63 del Código Civil a consecuencia del error cometido en la apreciación de las pruebas, que alega el recurrente, hay que observar: el artículo 63 del Código Civil hace parte del Capítulo V del Título Preliminar del Código Civil en el cual se da la definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes, de suerte que el citado artículo no es un mandamiento que regule obligaciones entre las partes contratantes.

Es el artículo 1604 del Código Civil el

que señala los casos en que el deudor es responsable por la culpa lata o por la culpa leve o por la levisima lo que está indicando que este artículo y el 63 que define las culpas se refieren exclusivamente a las contractuales y no a las extra-contrato que es la de que se trata en el presente litigio y quizás por ello el Tribunal no lo mencionó para nada en su fallo, ni él le sirvió de base para condenar la Compañía de Samacá.

Así las cosas no puede decirse que el Tribunal hubiera quebrantado ese artículo porque no lo aplicó en su fallo y si habló de culpa imputada a la compañía se refirió únicamente a la extracontractual considerando que el daño sufrido por el demandante había que imputarlo a la negligencia de la compañía demandada.

No encontrando la Sala de Casación justificado el ataque del recurrente por mala apreciación de pruebas o por su falta de apreciación, no podrá prosperar el cargo por la violación de los artículos 63 y 2341 del Código Civil, que el recurrente considera quebrantados, de manera indirecta por la mala apreciación de las pruebas.

Considera el recurrente, igualmente, que el Tribunal hizo en su sentencia una indebida aplicación del artículo 2356 del Código Civil porque estableció, fundado en esa disposición, la presunción de culpa en contra de la Compañía de Samacá, y para sostener esta acusación dice a la letra: "En tal disposición se contempla el caso de responsabilidad personal por daños causados a las personas; las disposiciones antecedentes reglamentan lo que se refiere a daños causados a los bienes pertenecientes a las personas damnificadas. . . . "Pero demos por aceptado que la disposición comprenda toda clase de daños. Entonces, podemos decir que la compañía puso todo el cuidado que debía poner en sus negocios importantes; que no desatendió en manera alguna los consejos de la técnica, y que no mantuvo con negligencia la represa construída dentro de su predio, puesto que tenía establecido un guarda celador a quien se le tenía insta-

lado su campamento".

No es muy claro el recurrente. Parece que considera violada la disposición del artículo 2356 por cuanto él se refiere a la responsabilidad personal por daños causados a las personas, y no a los daños causados por las cosas.

Si esta fuere la acusación, a ella responde con las siguientes consideraciones de la Corte, consignada en sentencia de 22 de agosto de 1940 (número 1959 de la *Gaceta Judicial*), que rezan:

"Como es sabido, las cosas no responden por sí mismas. El edificio se derrumbaba, y no es él mismo sino su dueño quien paga el daño; lo que cae de la parte superior de un edificio no es el responsable de la indemnización, sino las personas que allí habitan; la reparación de los daños causados por animales la pagan su dueños o tenedor o quien de ellos se sirve (C. C. artículos 2353 a 2355). Del propio modo, siguiendo los ejemplos del artículo 2356, no es el arma de fuego, sino su imprudente disparador, quien ha de reparar el daño.

"Estas observaciones obvias y aún banales han tenido que formularse aquí ante los reparos del recurrente. Derrumbada la represa, se produjeron para el actual demandante los perjuicios cuya indemnización solicita, y para obtenerla se dirige, no contra los elementos naturales causante inmediato, sino contra el dueño de la represa, al que no puede valer la alegación de no ser él ese elemento natural inmediato generador del daño, como no puede valerle tampoco la alegación de ser persona jurídica incapaz por lo mismo de incurrir en malicia o negligencia".

Cabe advertir que los párrafos transcritos, hacen parte de la sentencia pronunciada en el juicio civil, promovido por Manuel Corsi contra la Compañía de Samacá por los perjuicios que a este señor le causó la ruptura del muro de la represa construída por la compañía para embalsar las aguas del río Gachaneca. El caso allí dilucidado es idéntico al que hoy se estudia.

Colocándose la Sala de Casación en el segundo extremo que invoca el recurrente, es decir en la violación del artículo 2356 del Código Civil por cuanto el sentenciador conceptuó que esa disposición establece una presunción de culpa en contra de la compañía, la Sala, para desvirtuar la acusación, invoca la jurisprudencia sentada sobre interpretación del artículo 2356, que es como sigue:

“Pero hay algo más: el artículo 2341 del Código Civil sienta el principio básico de la responsabilidad por culpa extracontrato, según el cual el que ha cometido culpa que ha inferido daño a otra persona está obligada a la indemnización.

“Como complemento de la norma anterior y de la teoría que ella consagra, el artículo 2356 *ibídem* establece la regla general e invariable de que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Se deduce de la letra y del espíritu de ese precepto que tan solo se exige que el daño causado fuera de las relaciones contractuales pueda imputarse, para que ese hecho dañoso y su probable imputabilidad al agente contraventor constituya la base o fuente de la obligación respectiva”.

“Como corolario de lo dicho anteriormente, hay que aceptar que el citado artículo 2356 establece una presunción de responsabilidad que origina y da nacimiento a la presunción de culpa extracontractual que niega el recurrente y que aparece consagrada en los preceptos nor-

mativos antes citados. Y de los anteriores principios hay que deducir que la carga de la prueba no corresponde al damnificado sino que corre de cargo del agente negligente, imprevisivo y descuidado que por malicia o negligencia causó el daño”. (Gaceta Judicial número 1936, sentencia de 18 de mayo de 1938).

La anterior doctrina de la Corte, sobre interpretación del artículo 2356, está respaldada en sentencia de 31 de mayo del mismo año, publicada en el mismo número de la Gaceta, y en el presente pleito no se han aducido razones bastantes que induzcan a la Sala a cambiar de criterio.

Por las consideraciones expuestas la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley FALLA:

1º No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha dos de julio de mil novecientos cuarenta.

2º Las costas son de cargo del 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 Himestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

PARTICION. — NULIDAD.

1.—En repetidas ocasiones ha dicho la Corte que sólo la parte que no ha sido citada o emplazada legalmente puede alegar en casación la causal de nulidad a que alude el artículo 450 del C. J., porque es la única que tiene el derecho o el interés jurídico necesario para hacerlo. Esa parte puede también, conforme al artículo 457 ibídem, pedir, por la vía ordinario, que se declare la nulidad del juicio u oponer la causal como excepción cuando se trata de ejecutar la sentencia. 2.—El hecho de dictar en sala unitaria la providencia por medio de la cual se confirma la del juez a quo que decide las objeciones formuladas a la partición, en vez de hacerlo en sala de decisión no entraña incompetencia de jurisdicción en el juicio, a la luz de lo dispuesto en los artículos 143 y siguientes del Código Judicial, pues no puede decirse que conozca del juicio una autoridad judicial a quien no le esté atribuido legalmente.

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

(Magistrado ponente: Dr. Isaías Cepeda).

Son antecedentes de este negocio:

En la partición de los bienes de la sucesión de los señores Juan N. Reyes C. y Carmen Sanabria de Reyes, protocolizada por escritura número 175, del 7 de marzo de 1932, de la Notaría Primera de Sogamoso, figuraron la finca denominada Nimisia, situada en la fracción de Satobá, del municipio de Gámeza, finca que fue

avaluada en tal juicio en \$ 18.000, y varios créditos personales, a cargo de distintas personas, por un valor total de \$ 14.138.58.

En dichos bienes se adjudicaron cuotas en común a los diversos herederos, así: en la finca denominada Nimisia:

A Rafaela Reyes viuda de Castro	\$ 3.750.00
A María Francisca Reyes de Reyes	3.750.00
A María Josefa Reyes de Suárez	2.625.00
A Manuel Ignacio Reyes	2.625.00
A Rosaura Reyes viuda de Acosta	2.625.00
A María Teresa Mendoza Reyes	875.00
A Carlos Alberto Mendoza Reyes	875.00
A Eduardo Mendoza Reyes	875.00
<hr/>	
Total del avalúo de la finca	\$ 18.000.00

En los créditos personales, así:	
A Rafaela Reyes viuda de Castro	\$ 2.356.43
A María Francisca Reyes de Reyes	2.356.43
A María Josefa Reyes de Suárez	2.356.43
A Manuel Ignacio Reyes	2.356.43
A Rosaura Reyes viuda de Acosta	2.356.43
<hr/>	
Pasan	\$ 11.782.15

Vienen	\$ 11.782.15
Al grupo de los señores Mendoza-Reyes	2.356.43
Total del avalúo de los créditos	\$ 14.138.58

El 15 de julio de 1934 la señora María Josefa Reyes de Suárez, por medio de apoderado, presentó demanda ante el Juez 3º Civil del Circuito de Sogamoso, y pidió que, previos los trámites legales, se decretase:

"1º La división de la finca mencionada por medio de la venta en pública subasta para repartir su producto entre los comuneros a prorrata de sus respectivos derechos.

"2º Que se divida previamente la finca delimitada en lotes proporcionales al avalúo sucesoral hecho de ella, el que consta en la hijuela que presento, para facilitar la venta y obtener en esta forma mayor rendimiento.

"3º Que se forme un lote o hijuela de gastos para pagar con su producto los que esta división demande y que de este producto se reembolse al comunero que haya hecho gastos en razón de costas.

"4º Que se liquiden los créditos mencionados conforme a la ley, hasta el día en que se ordene el reparto de ellos.

"5º Que se repartan los créditos mencionados y se adjudiquen entregando los títulos en que constan a cada uno de los comuneros conforme le corresponda en relación con la cuota de su derecho.

"6º Que los costos y costas de esta acción sean de cargo de los comuneros, a prorrata de sus respectivas cuotas".

La demandante señaló como demandados a los señores Rafaela Reyes viuda de Castro, María Francisca Reyes de Reyes, doctor Manuel Ignacio Reyes, Rosaura Reyes viuda de Acosta, Carlos Alberto Mendoza Reyes, Héctor Mendoza Reyes, Eduardo Mendoza Reyes, María Teresa Mendoza de Bermúdez y Carlos Julio Avela, éste en su carácter de cecionario, en parte, de la señora María Teresa Mendoza de Bermúdez.

Admitida la demanda, la señora Rosaura viuda de Acosta la contestó aceptándola en su totalidad y confirió poder para que la representara en el juicio al propio abogado de la demandante, doctor Vicente Camargo Caballero.

Este, diciendo obrar ya en su doble ca-

rácter de apoderado de la actora y de una de las personas demandadas, manifestó el 24 de julio de 1934 que adicionaba y aclaraba la demanda de los siguientes términos:

"1º En lo que se refiere a los demandados que he mencionado, pido que se excluya al señor Héctor Mendoza Reyes, por no ser comunero en ninguno de los bienes cuya división solicito, en virtud de partición extrajudicial pasada ante el Notario 2º de Sogamoso, en escritura número 156 de fecha 7 de abril de 1932. Por tanto, no se le debe tener como parte en este juicio.

"2º En relación con los puntos de la parte petitoria, los adiciono y aclaro así: al segundo: que hechos los lotes en que previamente se debe dividir la finca, se avalúen judicialmente por su valor comercial. Al tercero: que el lote para gastos sea suficiente para cubrir éstos, y uno de más fácil realización, y que por este lote no se admita como postura la cuota de ninguno de los comuneros, sino que sea rematado por dinero efectivo.

"3º Se deben agregar a la parte petitoria los siguientes puntos: a) Que sobre el resto de los lotes se admita como postura la cuota de cualquier comunero, sacando la proporción entre el avalúo sucesoral con el nuevo avalúo judicial; y b) Que los lotes se hagan en número y extensión teniendo en cuenta solamente la cantidad de la tierra y conformación topográfica, pero que su número de comuneros no sea menor que el número de comuneros más uno".

Esta corrección de la demanda fue admitida por auto del veinticinco de julio de aquel año, y corridos los traslados correspondientes, los señores Rafaela Reyes viuda de Castro, Eduardo Mendoza Reyes y Carlos Alberto Mendoza Reyes manifestaron que no eran comuneros de la finca Nimisia, por haber vendido sus respectivas cuotas al señor Ernesto Castro, y la señora María Francisca Reyes de Reyes, que tampoco era comunera en la citada finca por haber vendido su cuota al señor Benjamín Bermúdez.

Posteriormente, el trece de agosto del referido año, el doctor Camargo Caballero pidió al juez "se sirva citar y tener como parte en este juicio a los señores Benjamín Bermúdez y Ernesto Castro, por ser actualmente partícipes y comuneros de la finca Nimisia, como se desprende de lo manifestado por algunos de los comuneros que he citado en el libelo de demanda, y ordenar que se les corra traslado de esta demanda por el término legal".

Admitida esta petición por el juez y corrido el traslado al señor Benjamín Bermúdez, manifestó por escrito del 21 de agosto que tampoco era comunero de la finca Nimisia, porque la parte que en ella tenía se la había vendido al señor Ernesto Castro, y agregó:

"La única que tiene parte en los créditos dudosos es mi esposa María Teresa M. de Bermúdez, quien en la oportunidad debida designará su representante, ya que de acuerdo con la Ley 28 de 1932 el marido no la representa en los negocios judiciales".

Corrido luego el traslado al señor Ernesto Castro, dicho señor contestó la demanda el 15 de septiembre de 1934. Presentó los títulos de las cuotas que había adquirido en la finca denominada Nimisia, cuotas que valen \$ 9.250 en relación con el precio de \$ 18.000 dado a toda la finca y se opuso a la venta en pública subasta, alegando que aquella admite cómoda división, pero sosteniendo que como no se pidió subsidiariamente la división material, tampoco podría decretarse ésta.

Propuso, además, las excepciones perentorias de falta de personería y de petición de un modo indebido, sin decir en qué las fundaba.

Continuada luego la tramitación del juicio vino la sentencia de fecha once de marzo de mil novecientos treinta y cinco, que resolvió:

"1º Decrétase la división material de la finca denominada Nimisia, a que esta demanda se refiere, situada en la vereda de Satobá, jurisdicción de Gámeza y comprendida dentro de los linderos apuntados en la misma demanda.

"2º Decrétase la liquidación y partición de los créditos a que esta acción se refiere y que aparecen relacionados así en la demanda como en la hijuela adjunta a ella. Previa esta partición, los créditos serán adjudicados a los respectivos comuneros y los títulos se entregarán conforme les corresponde en relación con la cuota de sus derechos.

"3º Prevéngase a los comuneros que dentro de cinco días de ejecutoriada esta sentencia deben nombrar un partidor que divida, así la finca de Nimisia como los créditos a que la acción se refiere. Si no se ponen de acuerdo, o no nombran partidor dentro del término apuntado, el juzgado hará este nombramiento.

"4º Los costos y costas de esta acción y los que demande la partición decretada, serán de cargo de los comuneros, a prorrata de sus respectivas cuotas. Con tal objeto el partidor formará un lote de gastos".

Ejecutoriada esta sentencia y nombrado el partidor por el juez, se verificó la partición, que fue objetada por la señora María Francisca Reyes de Reyes, en lo relativo a los créditos, por no haberse hecho la partición de ellos, y por el señor Ernesto Castro, en lo referente a la división material de Nimisia.

El señor Castro propuso cuatro objeciones, de las cuales el Juez 1º del Circuito de Sogamoso, a quien pasó el juicio por impedimento del Juez 3º, sólo declaró probada una, en providencia de fecha de seis de septiembre de mil novecientos treinta y siete, en la cual ordenó rehacer la partición en la forma allí indicada. Nada se resolvió sobre la objeción presentada por la señora María Francisca Reyes de Reyes en lo tocante a la partición de los créditos.

Apelada dicha providencia por el objetante Castro, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo la confirmó por auto del diez de febrero de mil novecientos treinta y ocho, dictado en Sala Unitaria.

Vuelto el expediente al juzgado y reformada la partición, el juez la aprobó por

sentencia fechada el diez de octubre de mil novecientos treinta y ocho, que a su vez fue apelada por el señor apoderado de Castro.

Por último, el Tribunal, por sentencia del diez de agosto de mil novecientos treinta y nueve, que es la recurrida, confirmó en todas sus partes la de primera instancia.

El recurso

Cinco cargos formula el apoderado del señor Ernesto Castro contra la sentencia acusada, a saber:

a) Haberse incurrido en la tramitación del juicio en la 3ª causal de nulidad de que trata el artículo 448 del C. J., sin que aparezca que se haya saneado conforme a la ley (ordinal 6º del artículo 520 idem).

En desarrollo de este cargo dice el recurrente:

“De la demanda así formulada en tres escritos separados, pero que jurídicamente constituyen un solo y único todo, sólo se dio traslado a los señores Benjamín Bermúdez y Ernesto Castro. A las demás personas demandadas no se les dio traslado, y entre ellas están algunas, como las señoras Rafaela Reyes v. de Castro y María Teresa Mendoza de Bermúdez, los señores Carlos Alberto, Eduardo y Héctor Mendoza Reyes, que en ninguna forma han representado en el juicio, y con respecto a las cuales personas en ninguna forma se ha saneado la causal de nulidad consistente en la falta de citación o emplazamiento en forma legal. Tampoco aparece que tales personas hayan perdido su calidad de demandadas en ninguna forma legal.

“Es verdad que a algunas de estas personas se les dio traslado de la demanda tal como estaba en los dos primeros escritos, pero esto no basta ante la ley. Y al señor Héctor Mendoza Reyes y a la señora María Teresa Mendoza de Bermúdez en ninguna ocasión se les dio traslado. La ley manda que el traslado se dé de la demanda, no de una parte de ella”.

b) Haberse incurrido también en el

juicio en la 1ª causal de nulidad del artículo 448 del C. J., sin que aparezca que se haya saneado conforme a la ley (ordinal 6º del artículo 520 del mismo código).

Sostiene el recurrente que la providencia por medio de la cual declaró el juez probada una de las objeciones propuestas por el señor Ernesto Castro a la partición verificada y ordenó reformarla, es una sentencia y no un simple auto interlocutorio, y que, como tal sentencia, de su apelación ha debido conocer el Tribunal en Sala de Decisión y no en Sala Unitaria, como lo hizo, por lo cual se incurrió en nulidad, por incompetencia de jurisdicción.

Al respecto razona así el recurrente:

“Así, pues, aquella resolución judicial dictada para aprobar o improbar la partición, hayan procedido o no objeciones formuladas por los interesados, es una sentencia. Nada importa a este respecto su sentido afirmativo o negativo.

“No vale contra lo dicho que el artículo 964 del Código Judicial prescriba el trámite de una articulación para las objeciones. Esto únicamente significa que el legislador quiso para el caso una tramitación corta y una pronta resolución. La esencia o las características de la resolución judicial no varían por razón del trámite del juicio.

“El artículo 966 del Código Judicial, igualmente aplicable a esta clase de juicios (artículo 1152 C. J.), nos suministra otro argumento en favor de la tesis que sostenemos. Dice que las apelaciones de los autos que se dicten de conformidad con lo dispuesto por los artículos 954, 960, 961, 963 y 967 se sustancian por el superior como de interlocutorios y se fallan en Sala de Decisión, si éste es un Tribunal. No cita las resoluciones dictadas de conformidad con lo dispuesto por el artículo 964 —como equivocadamente lo creyó el H. Tribunal fallador en su sentencia recurrida—, resoluciones que pueden ser afirmativas o negativas, es decir, aprobatorias o improbatorias de la partición; y no tenía para qué citarlas

para concluir que el recurso debe fallarse por los Tribunales en Sala de Decisión, pues es obvio que al subir una tal resolución en apelación bien puede el Tribunal aprobar la partición o improbala, y en el primer caso tenemos la sentencia aprobatoria, susceptible de recurso de Casación, y que conforme a los artículos 82, 87 y 502 del Código Judicial debe ser dictada por la respectiva Sala de Decisión, y en el segundo caso tenemos una sentencia improbatoria de la partición que también debe ser dictada por la Sala de Decisión, conforme a los citados artículos 82 y 502 del Código Judicial. Si pudiera sostenerse que en caso de resolución improbatoria de la partición se trata de un simple auto interlocutorio, que, por consiguiente, puede ser dictado por un solo magistrado, tendríamos que la respectiva Sala de Decisión debería reunirse, decidir que era el caso de improbar, imponer al magistrado sustanciador su decisión aun contra su criterio, y luego desintegrarse, procedimiento absolutamente anómalo y que debe desecharse.

“Bueno es observar también que las resoluciones a que se refiere el artículo 966 del Código Judicial y que deben ser adoptadas en Sala de Decisión, no tienen la importancia, no tienen la trascendencia de las dictadas en conformidad a lo dispuesto por el artículo 964 del mismo Código, y sería absurdo suponer que la ley quiso mayores solemnidades, mayor seguridad de acierto para aquellas resoluciones y no para éstas.

“Así, pues, la resolución que imprueba una partición en juicio divisorio de bienes comunes es una sentencia, y como tal debe ser dictada en Sala de Decisión por los Tribunales”.

c) Acusa la sentencia por ser violatoria de ley sustantiva, por infracción directa y también por violación indirecta, y dice que ésta “proviene de error de derecho y error de hecho en la apreciación de la prueba, errores que aparecen de manifiesto en los asuntos”.

Sostiene el recurrente que la actora ha debido probar, no sólo que ella es comu-

nera en la finca cuya división pide, sino también que los demandados son condueños, y que no presentó los títulos de propiedad de los demandados, ni siquiera presentó completos los correspondientes a aquella, porque el certificado que acompañó no reúne los requisitos que exigen los artículos 635 y 1135 del C. J. Que al aceptar el Tribunal que existía la prueba de la propiedad de la demandante y de la copropiedad de los demandados, incurrió en los errores anotados, de donde resulta la violación de los artículos 756, 789, 1494, 2322, 2654, 2662 y 2673 del C. C., 34 de la Ley 57 de 1887 y 635 y 1135 del C. J.

Agrega que como el magistrado sustanciador dictó por sí solo un auto para mejor proveer, a fin de que se trajeran a los autos las pruebas que faltaban, pruebas que la sentencia acoge, se violaron también los artículos 1757 del C. C. y 600 del C. J.

d) Acusa la sentencia “por violación directa e indirecta de la ley sustantiva, motivada ésta por error de derecho en la apreciación de la prueba”.

Estima el recurrente que se violaron los artículos 1392, 2335 y 2338 del C. C., porque no se hizo un avalúo judicial de las fincas sobre que versó la partición, ni la clasificación de las distintas zonas de terreno, y considera que como se tuvo como base el avalúo dado a la finca en un juicio de sucesión anterior, avalúo que la sentencia aceptó, ésta incurrió en error de derecho en la apreciación de esa prueba; y

e) Acusa la sentencia por violación directa de los artículos 1394 y 2338 del C. C., porque estima que no se tuvieron en cuenta para la partición las reglas establecidas en tales artículos para procurar las mayores igualdad y equidad en la formación de los lotes.

Estudio de los cargos

I. Hecho un cuidadoso examen del expediente aparece demostrado que a los señores Rafaela Reyes v. de Castro, María Francisca Reyes de Reyes, doctor Manuel

Ignacio Reyes, Rosaura Reyes v. de Acosta, Carlos Alberto Mendoza Reyes, Eduardo Mendoza Reyes, Carlos Julio Avella, Benjamín Bermúdez y Ernesto Castro, se les corrió oportunamente traslado de la demanda, con la corrección de fecha 24 de julio de 1934, y que todos ellos la contestaron en tiempo; y aunque es verdad que la admisión de la solicitud hecha por el señor apoderado de la demandante al juez del conocimiento el 13 de agosto de 1934 para que se notificara la demanda de partición a los señores Benjamín Bermúdez y Ernesto Castro y se les corriera traslado de ella, constituye una irregularidad de la actuación, ocasionada por no haberse presentado con la demanda primitiva los títulos de propiedad de los demandados para determinar con precisión quiénes eran los copropietarios o condueños de los bienes cuya división se pedía, es lo cierto que tal irregularidad no puede alegarse ahora como nulidad, en lo tocante a los demandados antes nombrados, al tenor de lo dispuesto en el inciso final del artículo 450 del C. J., que dice:

“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”.

Al señor Héctor Mendoza Reyes no se le notificó la demanda, ni se le corrió traslado legal, porque el demandante, en la corrección del 24 de julio, dijo:

“En lo que se refiere a los demandados que he mencionado, pido que se excluya al señor Héctor Mendoza Reyes, por no ser comunero en ninguno de los bienes cuya división solicito, en virtud de partición extrajudicial pasada ante el Notario 2º de Sogamoso, en escritura número 156, de fecha 7 de abril de 1932. Por tanto, no se le debe tener como parte en este juicio”.

Dicho señor quedó, pues, legalmente excluido de la demanda.

La única persona que figura también como demandada y a quien no se le noti-

ficó la demanda, ni se le corrió traslado de ella, ni se ha hecho presente en el juicio en forma alguna, es la señora María Teresa Mendoza Reyes de Bermúdez.

Esta señora vendió los derechos o cuota parte que tenía en la finca denominada Nimisia al doctor Carlos Julio Avella, quien figura como demandado en lo atañedor a esa parte, pero no aparece que la nombrada señora de Bermúdez enajenara sus derechos o la cuota que le correspondía en los créditos sobre que versó igualmente la acción de partición, por lo cual fue señalada como demandada, y no consta en autos que se le haya excluido legalmente.

No obstante, no es procedente el cargo de nulidad que formula el recurrente, por las razones que pasan a exponerse:

En repetidas ocasiones ha dicho la Corte, y no se ve motivo suficiente para variar esa doctrina, que sólo la parte que no ha sido citada o emplazada legalmente puede alegar en casación la referida causal de nulidad, porque es la única que tiene el derecho o el interés jurídico necesario para hacerlo, la cual parte puede también, conforme al artículo 457 del C. J., pedir, por la vía ordinaria, que se declare la nulidad del juicio, u oponer la causal como excepción cuando se trate de ejecutar la sentencia.

En el juicio que se estudia resalta aún con mayor claridad la carencia de interés jurídico por parte del recurrente, si se tiene en cuenta que éste no tiene derecho alguno en los créditos personales cuya partición material se pidió, de manera absurda, pues ya se habían adjudicado por cuotas partes, que es la forma jurídica de partición de esta clase de bienes, y que la señora María Teresa Mendoza Reyes de Bermúdez no tiene, a su vez, cuota alguna en la finca Nimisia, cuya partición es la única que le interesa al recurrente. A esto debe agregarse que los referidos créditos ni siquiera figuraron en la división verificada en el juicio, con lo cual queda también descartado el perjuicio que la sentencia apro-

batoria pudiera haber ocasionado a la indicada señora.

Se deduce de lo dicho que no es aceptable el cargo que se analiza.

II. De igual manera es inaceptable el segundo cargo formulado por el recurrente, o sea el haberse incurrido en nulidad por incompetencia de jurisdicción, en virtud de haberse dictado en Sala Unitaria por el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo la providencia por medio de la cual se confirmó la del Juez a quo que decidió las objeciones formuladas a la partición verificada primitivamente, cuando ha debido dictarse en Sala de Decisión.

La Corte acepta que la mencionada providencia correspondía dictarla a la Sala de Decisión del indicado Tribunal, y que el haberse proferido en Sala Unitaria constituye una grave irregularidad, contra la cual ha debido hacer valer el interesado, en tiempo hábil, los recursos legales pertinentes, en vez de dejarla ejecutoriar sin formular reclamación alguna. Pero no considera que esa irregularidad entrañe incompetencia de jurisdicción en el juicio, a la luz de lo dispuesto en los artículos 143 y siguientes del Código Judicial, pues no puede decirse que conociera del negocio una autoridad judicial a quien no le estuviera atribuido legalmente, y no toda irregularidad está erigida en causal de nulidad.

III. Es, sin duda, de estricta conveniencia para quien promueve un juicio de partición material de bienes comunes acompañar a su demanda no sólo los títulos que acrediten su propiedad, sino también los que demuestren la de los comuneros o condueños contra quienes dirige la acción, a fin de que se tramite rápidamente y no se presenten dificultades, pero la ley no exige sino la presentación de los títulos correspondientes a los derechos del actor.

En efecto, dice el inciso segundo del artículo 1135 del Código Judicial:

“Con la demanda debe presentar el demandante la prueba de que es comunero que, si consiste en un título registrado, ha de ser completada con el certificado

del Registrador de Instrumentos Públicos sobre la suficiencia de él”.

Consta en autos que el apoderado de la demandante presentó con la demanda el título de propiedad de ésta y dos certificados del Registrador respectivo, conforme a los cuales dicho título está vigente y no ha sido cancelado por ninguno de los medios indicados en el artículo 789 del C. C. Si tales certificados no comprenden el término señalado por el artículo 635 del C. J., ha debido reclamarse oportunamente del auto que admitió la demanda, pero no puede fundarse en ese solo hecho un motivo de casación de la sentencia, ni puede sostenerse que el Tribunal incurriera por ello en error de hecho y de derecho suficientes para infirmar el fallo.

Es evidente que el auto para mejor proveer, de que trata el artículo 600 del C. J., sólo puede dictarse por el Tribunal y no por un solo Magistrado, y únicamente en el caso y con el fin de que habla el mismo artículo, mas no para mejorar las pruebas aducidas por las partes, pero la irregularidad cometida al respecto por el Magistrado sustanciador daba motivo para reclamar oportunamente contra ella, pero no puede incidir en casación.

Por tanto, se rechaza el cargo que se viene analizando.

IV. Tampoco es aceptable el cargo referente a violación de los artículos 1392, 2335 y 2338 del C. C., no sólo porque tienen el carácter de disposiciones adjetivas, sino porque habiendo aceptado todos los demandados que se procediera a la partición sobre la base del avalúo dado a los bienes en un juicio de sucesión anterior, se llenaron las condiciones indicadas en el primero de dichos artículos. De consiguiente, se rechaza.

V. Respecto de este cargo se tiene lo siguiente:

Las razones en que se funda son más o menos las mismas expuestas al formular las objeciones a la partición verificada primitivamente, razones que fueron ampliamente analizadas tanto por el Juez de la primera instancia como por el Tri-

bunal, al conocer éste de la apelación respectiva.

Consta en tales providencias que el objetante sólo pudo probar la diferencia en el valor de alguna de las clases de terreno que se le adjudicaron, por lo cual le prosperó esa objeción, que se tuvo en cuenta para reformar la partición, a fin de buscar la igualdad y la equidad que la ley exige.

Sobre el particular dice la providencia del Tribunal, de fecha 10 de febrero de 1938:

"Se queja el objetante, con fundamento en los textos transcritos, de que en la partición no se procuró la igualdad en las adjudicaciones, ni se tuvo en cuenta la equivalencia y semejanza entre los lotes que se le adjudicaron, respecto de los asignados a los demás copropietarios, porque en las regiones consideradas como de cuarta clase se le adjudicó la parte oriental, la más improductiva e inútil, que además mide una extensión superior a la proporcionalidad de su derecho, y porque así mismo se le adjudicó casi la totalidad de la tierra estimada como de tercera clase.

"Tendientes a establecer entre otros puntos la inferioridad de la porción territorial de cuarta clase adjudicada al objetante en relación con la adjudicada a los otros comuneros, y la desproporcionada distribución de las tierras de tercera clase, se practicaron varias pruebas en el curso de la articulación a que las objeciones dieron lugar, siendo la principal de ellas la inspección ocular con la asistencia de peritos que verificó el Juzgado cognocente.

"En cuanto a lo primero, los expertos nombrados, doctor Benigno Rodríguez y señor Jorge Archila Reyes estuvieron de acuerdo, una vez que hicieron el reconocimiento del terreno, en que a pesar de presentar notables analogías las regiones occidental y oriental consideradas como de cuarta clase, existe una apreciable diferencia en contra de la parte oriental adjudicada al objetante Castro, proveniente de su menor productivi-

dad, de su escarpada conformación geológica y de las dificultades que ofrece su regadío y aprovechamiento para cultivos, diferencia que estimaron en relación con la parte occidental en la cantidad de ocho pesos por fanegada. No estuvieron en cambio de acuerdo en cuanto a la desvalorización que pudiera haber sufrido lo adjudicado al objetante, tanto por la asignación que se le hizo de la mejor parte de los terrenos de la tercera clase, como por la extensión de las cercas que le corresponde levantar para deslindar su adjudicación. Pero como sobre estos puntos la parte objetante prescindió expresamente de que se perfeccionara la prueba, mediante la intervención del perito tercero y aceptándola únicamente en lo que dictaminaron acordemente los peritos principales, la experticia sólo vino a servir para demostrar la diferente condición de las dos secciones del terreno de cuarta clase".

Como consecuencia, se declaró probada tal objeción y se ordenó rehacer la partición en ese punto, a fin de consultar una mayor equidad.

El partidor, en su nuevo trabajo, dijo:

"Ha resultado, pues, \$ 37.85 como valor de la fanegada de quinta clase y \$ 45.85 como valor de la fanegada de cuarta, o sean \$ 8.00 de diferencia entre una y otra. Todavía más claro: la tierra que en la partición primitiva se había asignado como de cuarta clase al señor Ernesto Castro, pasa a ser clasificada de quinta, con un valor convencional de \$ 8 menos que la de cuarta, asignada a los demás comuneros".

Además, para demostrar que no puede tacharse de falta de equidad la providencia que ordenó rehacer la partición únicamente en dicho punto, la cual fue confirmada por el Tribunal, conviene transcribir aquí lo que dijo el apoderado del objetante al apelar de ella:

"Reconozco la justicia que inspira la decisión de que apelo, pero en defensa de los derechos que represento, muy a mi pesar interpongo el recurso de que he hablado, para ante el Honorable Tribu-

nal, para que esa justicia abarque puntos sustanciales que fueron materia de las objeciones”.

Basta lo expuesto para concluir que no es fundado el cargo que se analiza, por lo cual se rechaza.

En mérito de lo dicho, 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 de fecha diez de agosto de mil novecientos treinta y nueve, dictada en este jui-

cio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestroza Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.



CESION DE CREDITOS

1. El fenómeno jurídico de la cesión de créditos presenta características que le son propias e inherentes, de las cuales se hacen resaltar las más importantes, a saber: en la venta se consideran dos personas: el vendedor y el comprador; en la cesión de derechos personales hay que considerar tres personas: el cedente, el cesionario y el deudor. Las relaciones jurídicas entre cedente y cesionario y entre deudor y cesionario son diversas e independientes. Del artículo 33 de la ley 57 de 1887 resulta que la tradición de los créditos personales se verifica por medio de la entrega del título que debe hacer el cedente al cesionario (artículo 761, C. C.). Al hacer el cedente la entrega del título al cesionario se anotará en el mismo documento el traspaso del derecho, con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente, para que pueda después el cesionario hacer la notificación al deudor (artículo 1961, C. C.). En cuanto a las relaciones jurídicas entre el deudor cedido o el tercero cesionario la cuestión es distinta. Verificada la entrega del título y extendida la nota de traspaso el cesionario adquiere el crédito, pero antes de la notificación o aceptación del deudor, sólo se le considera como dueño respecto del cedente y no respecto del deudor y de terceros. En consecuencia, podrá el deudor pagar al cedente o embargarse el crédito por acreedores del cedente, mientras no se surta la notificación o aceptación de la cesión por parte del deudor, ya que hasta entonces se considera existir el crédito en manos del cedente respecto del deudor y de terceros (artículo

1963, C. C.) Resulta de lo expuesto que la cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros mientras no haya sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste (artículo 1960, C. C.) En forma tal que tiene el cesionario dos medios para que la cesión produzca efectos en cuanto al deudor: a) la notificación, y b) la aceptación. La notificación es necesaria en los casos en que el deudor no acepta voluntariamente la cesión y debe hacerse con intervención del Organismo Judicial. La aceptación consiste en un hecho que la suponga, etc..... (Artículo 1962, C. C.) — 2. La ley no fija plazo para hacer la notificación al deudor y tal notificación sirve para dar una fecha cierta a la cesión, en relación con el cambio de acreedor, tanto respecto del deudor como de terceros. De lo dicho resulta que en el caso de que el cedente haya cedido el crédito a dos o más personas, produce efecto respecto del deudor y de terceros la cesión que se notificó primero al deudor cedido, según lo ha dicho ya la Corte en varias sentencias de casación. También ha sostenido la Corte que la cesión de un crédito hipotecario puede hacerse por una simple nota privada, y la razón de esta doctrina es que no existe disposición especial que obligue a hacerla por escritura pública, por lo cual es de aplicación la regla general sobre cesión que estatuye el artículo 1964 del C. C. El deudor puede aceptar voluntariamente la cesión y entonces no es de rigor acudir a la notificación judicial. Tal aceptación puede ser expresa o tácita, según que comparezca y declare que la acepta

o cuando se deduce de algún hecho que la supone, v. gr., la litis contestación con el cesionario, un principio de pago al cesionario, etc. (artículo 1962).

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

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes

1. Por medio de la escritura pública número 279, de 2 de marzo de 1928, Santiago Acosta le vendió a Vicente Uribe B. unas mejoras en baldíos nacionales, ubicadas en el punto de "Buenavista", municipio de Colón, por ocho mil pesos (\$ 8,000.00), de los cuales quedó debiendo el comprador, con plazo hasta el 1º de diciembre de 1928, cuatro mil trescientos ochenta pesos (\$ 4,380.00), que le fueron cedidos en dicha escritura a Marco A. Franco; y en ella misma el deudor se obligó a pagarle a éste dicha suma, y constituyó hipoteca a su favor sobre tales mejoras.

2. De dicho instrumento público se expidieron dos copias, la segunda de las cuales fue destinada al acreedor cesionario Marco A. Franco, con fecha 3 de marzo de 1928.

3. Por auto del Juzgado 2º del Circuito de Armenia, fechado el 22 de mayo de 1928 se ordenó expedir, a solicitud del vendedor Santiago Acosta, y con conocimiento y autorización del deudor Uribe B., otra copia de dicha escritura, de acuerdo con el ordinal 1º del artículo 2603 del C. C., porque la primera copia que se le había dado estaba agregada a un sumario que se seguía entonces en el Juzgado Superior de Buga; y en efecto, el Notario 1º del Circuito de Armenia expidió una tercera copia del memorado instrumento público.

4. Con fecha 30 de mayo de 1928 aparece una nota sobre la tercera copia úl-

timamente expresada, en que consta que el acreedor cesionario Marco A. Franco le cede a Misael Franco el crédito de que se trata, quedando así ratificada tácitamente, por el propio acreedor cesionario, la solicitud que sobre expedición de la nueva copia hiciera el vendedor cedente Santiago Acosta.

5. Sobre la misma tercera copia aparecen las siguientes cesiones: de Marco A. Franco a Misael Franco, el 30 de mayo de 1928; de Misael Franco a José M. Marín, el 30 de mayo de 1928; de José M. Marín a Miguel Duque S., el 4 de julio de 1928; de éste a Juan Bautista Duque, el 8 de junio de 1929; y de éste a José M. Gutiérrez, el 13 de octubre de 1929. Todas estas cesiones fueron notificadas al deudor Uribe B. y aceptadas por éste, las tres primeras con fecha 27 de julio de 1928 (f. 35, v.), y las dos últimas, al iniciarse la acción hipotecaria instaurada por José M. Gutiérrez (artículo 1962 del C. C.)

6. El último acreedor cesionario en esta tercera copia, José M. Gutiérrez, inició el 20 de noviembre de 1929 acción hipotecaria contra el deudor Vicente Uribe B., la que fue admitida y se ordenó el embargo de la propiedad hipotecada a que antes se hizo mención. Este juicio duró hasta el 25 de febrero de 1930, cuando el deudor y el acreedor cesionario presentaron ante el Juez del conocimiento un memorial en que daban por terminado el pleito y pedían su cancelación y archivo, a virtud de transacción verificada entre las partes. Ese mismo día firmaron la escritura número 119, de la Notaría Primera de Calarcá, cancelatoria de la hipoteca constituida por el instrumento 279, en cuya cláusula cuarta se lee textualmente: "El citado Uribe B. ha extinguido en su totalidad tal deuda por pago hecho y por lo mismo en su carácter de cesionario (Gutiérrez) la declara cancelada en cuanto a la hipoteca, quedando vigente en todo lo demás la citada escritura 279, otorgada ante el Notario Primero de Armenia el 2 de marzo de 1928,

y libre de gravamen hipotecario las mejoras allí puntualizadas”.

Esta es la génesis y la historia de la tercera copia de la escritura 279 de 1928, lo mismo que el final que tuvo el juicio especial en que se hizo valer tal copia instrumental y el pago hecho al último acreedor cesionario que en ella figuraba, José M^a Gutiérrez.

7. La segunda copia de la escritura 279 se destinó, como viene dicho, para Marco A. Franco, como cesionario que figuraba en dicho instrumento del primer acreedor, el vendedor Santiago Acosta.

8. Sobre esta segunda copia existen varias cesiones así: 1^o de Marco A. Franco a favor de Juan M. Gutiérrez y Rafael Cardona, el 2 de abril de 1928; 2^a de Juan M. Gutiérrez a favor de Marco A. Franco, el 29 de octubre de 1930; 3^a de Rafael Cardona a favor de Marco A. Franco, el 29 de octubre de 1930; 4^a de Marco A. Franco a favor de Misael Franco, el 29 de octubre de 1930; 5^a de Misael Franco a favor de Antonio Ramírez L., el 25 de noviembre de 1930; 6^a de Antonio Ramírez a favor de Misael Franco, el 22 de agosto de 1931; y otras más que sería prolijo enumerar, hasta que remató la serie de cesiones en las que se hicieron a favor de Manuel Tiberio Ospina y Juan Antonio Uribe B. También esta serie de cesiones, que constan en la segunda copia de la escritura mencionada, fueron tardíamente notificadas el 8 de abril de 1931 al deudor Uribe B., quien se negó a aceptarlas por cuanto el crédito había sido ya cancelado por la escritura 119, desde el 25 de febrero de 1930.

9. Con base en esta segunda copia de la escritura de hipoteca número 279, Manuel Tiberio Ospina inició demanda ejecutiva real y personal contra el deudor Vicente Uribe B. ante el Juez del Circuito de Calarcá, quien en auto de 28 de octubre de 1932 libró orden de pago por la vía ejecutiva por el principal de la deuda \$ 4,380.00) y por los intereses a la rata estipulada. Dentro de dicho juicio propuso el ejecutado varias excepciones,

y al fallarse el incidente por el Juez a quo declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda ordenando, como consecuencia, cesar la ejecución. Apelada esa providencia interlocutoria, el Tribunal de Pereira decidió el recurso revocándola y declarando no probadas las excepciones propuestas. Por razón del fallo anterior, el juicio ejecutivo siguió su curso progresivo hasta verificarse un segundo pago al acreedor Misael Franco, quien remató los bienes sacados a pública licitación por cuenta de su crédito.

Esta es la génesis y el desarrollo histórico de la segunda copia de la escritura N^o 279 de 1928 y del juicio ejecutivo a que dio lugar y que fue intentado por el último acreedor cesionario Misael Franco.

Juicio ordinario

Los hechos anteriores sirven de base a la demanda ordinaria instaurada por Vicente Uribe B. contra José M^a Gutiérrez, último acreedor cesionario que figura en la tercera copia instrumental, suplicando estas declaraciones:

“A). Que el señor José M^a Gutiérrez no es ni ha sido en ningún tiempo acreedor de Vicente Uribe B. por razón del instrumento público N^o 279, otorgado en Armenia el 2 de marzo de 1928, ante el Notario de allí”.

“B). Que por haber cobrado Gutiérrez la obligación hipotecaria por suma de pesos que reza el instrumento anterior, sin derecho alguno para ello, y haber pagado Uribe por un error a Gutiérrez la mencionada obligación, Uribe tiene derecho a repetir el pago de Gutiérrez, junto con los perjuicios que le han sobrevenido”.

“C). Que por haber sido Vicente Uribe obligado al pago mediante el juicio a que hubo lugar, y con base en el instrumento público N^o 279 indicado antes, al acreedor real y efectivo, y en efecto pagó a dicho acreedor la suma de once mil ciento dos pesos con sesenta y un centavos (\$ 11,102.61), es esta misma suma la

que debe repetir Uribe de José M^a Gutiérrez, cuya obligación de repetición fijará la sentencia en el breve término y que preste mérito ejecutivo”.

“D. Que al fijar la sentencia la cantidad que se dice arriba como obligación a cargo de Gutiérrez y a favor de Uribe con el derecho de repetición que a éste asiste por igual suma a que fue obligado en favor del efectivo acreedor, Gutiérrez debe ser además condenado al pago de los intereses legales sobre la suma de pesos dicha antes desde el día 4 de abril del corriente año en que Uribe fue obligado en favor del legítimo acreedor hasta el día en que Gutiérrez reembolse la suma tantas veces dicha, junto con las costas procesales”.

Posteriormente presentó el actor nuevo escrito corrigiendo la demanda anterior, para que se hiciese como subsidiaria la declaración de que Uribe B. tiene derecho a repetir de José M^a Gutiérrez la suma de cuatro mil trescientos ochenta pesos (\$ 4,380.00), así como los intereses a la rata estipulada, que es la misma cantidad que entregó a dicho señor; y como natural consecuencia Gutiérrez debe reintegrar la expresada suma dentro del breve plazo que el fallo determine.

El demandado Gutiérrez contestó la demanda manifestando en su defensa que Juan Bautista Duque le hizo una simple cesión al cobro del derecho hipotecario mencionado, cesión que tuvo por objeto que cobrara del deudor Uribe la suma debida, pero que fue el señor Duque quien efectivamente recibió el pago como dueño real del crédito, sin que tenga conocimiento exacto de la forma en que éste se hizo. En uso del derecho que consagra el artículo 235 del C. J. denunció el pleito a Juan Bautista Duque E., quien contestó la demanda más o menos en los mismos términos de la anterior, manifestando que había cedido el crédito a Gutiérrez para el cobro y que Uribe le pagó firmándole un documento de crédito, que fue en su oportunidad cancelado y se encuentra en poder de Uribe B.

La primera instancia fue fallada por el Juez del Circuito de Calarcá, en sentencia fechada el 5 de febrero de 1938, en la cual declaró no probadas las excepciones propuestas por el demandado, y condenó a Gutiérrez a devolver al actor Uribe B. la cantidad que éste pagó en virtud de la transacción que puso fin al juicio ejecutivo que el primero adelantó contra el segundo, para el pago del crédito hipotecario a que se refiere la escritura 279 de 1928, más los intereses corrientes desde la fecha en que tuvo conocimiento del pago indebido; también se dispuso en dicho fallo que esta cantidad deberá fijarse en el juicio a que dé lugar su cumplimiento y deja a salvo los derechos de José M^a Gutiérrez contra su cedente Juan Bautista Duque E., a quien oportunamente denunció el pleito.

Fundó esta sentencia el Juez a quo en que se habían demostrado los requisitos exigidos por el artículo 2313 del C. C. para que haya lugar a la repetición de lo indebidamente pagado. Acoge la tesis sentada por el Tribunal al fallar el incidente de excepciones en el ejecutivo, de que cuando el crédito que pagó Uribe a Gutiérrez fue cedido en Cali por Marco Franco a Misael Franco el 30 de mayo de 1938 sobre una tercera copia instrumental, ese mismo crédito ya estaba cedido con anterioridad, desde el dos de abril de dicho año de 1930, por el mismo Marco A. Franco a favor de Juan M. Gutiérrez E. y Rafael Cardona, sobre una segunda copia del mismo instrumento. Resume diciendo “que no es válido el pago hecho al cesionario sobre la copia de un documento anteriormente cedido, porque sería desconocer los derechos del primer adquirente y admitir la cesión de cosa ajena”. Por consiguiente — sigue la sentencia — como Gutiérrez no había sido en ningún tiempo acreedor de Uribe, por no existir para la fecha de la cesión a su favor el crédito cedido, Uribe cometió un error al pagar a un cesionario de un crédito anteriormente cedido, y por la misma razón el pago fue indebido, toda vez que la misma obligación que quiso pagar

quedó vigente con respecto al verdadero cesionario del crédito.

La sentencia acusada

Apelada esa providencia de primer grado por ambas partes litigantes, subió para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, quien falló la segunda instancia en sentencia de 18 de abril de 1940, que viene a ser el fallo acusado en casación, y que confirma en todas sus partes la sentencia de primera instancia, con el voto disidente del Magistrado doctor Marco Tulio López A.

Sirven de fundamento a este fallo que va a revisarse en casación los contenidos en estos párrafos que pasan a transcribirse:

"Se copió en otra parte de este fallo el memorial de 25 de febrero de 1930, en el cual Vicente Uribe, ejecutado, y José M^a Gutiérrez, ejecutante, dijeron al Juez haber transado el negocio y pidieron se ordenara la entrega a Uribe del título escriturario que sirvió de recaudo ejecutivo, como también el archivamiento del negocio, porque con la transacción lo terminaban".

"El mismo día, 25 de febrero de 1930, ante el Notario de Calarcá, se presentó José M^a Gutiérrez a cancelar la escritura 279 de 2 de marzo de 1928 y dijo así en el punto cuarto: "El citado Uribe B. ha extinguido en su totalidad tal deuda por pago hecho y por lo mismo en su carácter de cesionario declara cancelada en cuanto a la hipoteca, quedando vigente en todo lo demás la citada escritura 279, otorgada ante el Notario Primero de Armenia el 2 de marzo de 1928 y libre del gravamen hipotecario las mejoras allí puntualizadas".

"Nada más claro y que mejor explique el pensamiento de la Sala respecto a su interpretación sobre el significado ordinario y común de la figura transacción que el aparte precopiado. Porque esta escritura explica perfectamente, y si así puede decirse, interpreta y hace la exégesis de lo que fue la transacción. Es

decir, que transaron el negocio judicial por forma de pago. Porque no se puede entrar en análisis más o menos abstractos metafísicos sobre cuál es la esencia de una escritura de cancelación y cuáles son sus partes simplemente accidentales cuando en ellas se afirma la cancelación por pago".

"El mismo valor como prueba tiene para la Sala la escritura 119 de 1930 cuando dice cancelar la escritura 279 de 1928, que cuando dice que esa cancelación se hace por pago. Porque no se encuentra razón suficiente, ni lógica, ni jurídica, si entre esas dos entidades hubiese oposición, para que la escritura sea tomada con una fuerza probatoria especial para un caso, y con una distinta para el otro".

"Además, si ese pago no se hubiese verificado conforme lo dice la escritura, el demandado en este juicio, señor Gutiérrez, ha tenido el tiempo suficiente para establecer ese hecho en la forma defensiva que las leyes de procedimiento le faciliten para el caso. Y si fue el señor Juan Bautista Duque quien recibió el pago, como lo afirma Gutiérrez cuando denuncia el pleito, ya tendrá oportunidad de hacer valer las acciones que lo amparan".

"Y sirva la oportunidad para recordar que en la parte final de la contestación de la demanda el señor José M^a Gutiérrez afirma perentoriamente el pago, cuando dice "que aunque figuré como cesionario, fue el señor Duque E. quien recibió el valor del cobro o quien hizo los arreglos correspondientes con el señor Vicente Uribe", lo que una vez más confirma a la Sala su concepto y corrobora su afirmación del pago del valor correspondiente a que se refiere la escritura de cancelación, máxime cuando la afirmación antes copiada se hace siete años después de firmada la escritura 119".

"Como valor probatorio, el de la escritura 119 de 1930 es pleno con relación a las partes contratantes, no solamente en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, sino en cuanto a sus declaraciones. Las obligaciones y descargos con-

tenidos en un instrumento público, como lo es la escritura tantas veces citada, hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos, por título universal o singular (artículo 1759 del C. C.)”

“De suerte que tratándose de la prueba por instrumento público, cuyo valor es pleno ante las partes acordantes y como allí se expresa que se pagó, o mejor dicho, que se cancela por pago hecho, quien tiene que impugnar la validez y fortaleza jurídica de ese instrumento es precisamente el demandado, quien ni tan siquiera ha pretendido hacerlo, sino que antes, por el contrario, lo afirmó como hecho a Duque, según ya se vio”.

“Y aun cuando fuese insincero el contenido de dicha escritura, hay que tenerlo como cierto y fehaciente, ya que no ha sido impugnado, ni probado nada que desmedre la sinceridad de su contenido”.

“..... Vicente Uribe verificó un doble pago, que lo empobreció a él y enriqueció correlativamente y sin causa a Gutiérrez. No hay, por otra parte, una disposición de la ley que prohíba terminantemente el ejercicio de esta acción para el caso, no habiendo por lo demás otra a seguir”.

“Vicente Uribe pagó dos veces: una a Gutiérrez, según la forma que se ha visto; y otra, cuando por remate de bienes se canceló el mismo crédito por razón del juicio ejecutivo instaurado por Manuel Tiberio Ospina”.

El recurso

Lo interponen ambas partes litigantes contra la sentencia del Tribunal, y pasa la Sala a estudiar de preferencia el de la parte demandada, por estimar que incide en casación la segunda de las acusaciones que presenta para alcanzar la infirmación de esa providencia.

— I —

Recurso del demandado

Acusa la sentencia por el motivo pri-

mero de los consagrados en el artículo 520 del C. J., es decir, por violación de ley sustantiva a causa de aplicación indebida e interpretación errónea de algunos preceptos legales; igualmente la acusa por apreciación equivocada de varios elementos probatorios, que condujeron a la comisión de errores de hecho manifiesto y de derecho en su estimación.

Como a juicio de la Sala debe prosperar el segundo cargo propuesto por el recurrente demandado, se pasa a extractarlo en la forma siguiente:

Violación directa de la ley civil por interpretación errónea. Estima que el Tribunal incurre en el error de creer que un derecho personal o crédito se desplaza del acreedor cedente al cesionario por la sola entrega del título o instrumento con la respectiva nota de cesión, violando directamente los artículos 30, 761, 1960, 1961, 1962 y 1963 del C. C.; sin tener en cuenta que del contexto de estos preceptos legales se deduce que la tradición de un crédito que consta en escritura pública sólo se realiza, previos aquellos hechos, por medio de la notificación judicial al deudor o por la aceptación de éste mediante un hecho legal que la suponga, pues el artículo 761 precitado no puede interpretarse aisladamente, con prescindencia de los preceptos legales consagrados en el capítulo primero del Título XXV del Libro IV del Código Civil.

Dice el recurrente que basado en ese error el Tribunal acoge y prohija la tesis del juez de primera instancia — que fue confirmada por la sentencia acusada—, de que cuando el crédito fue cedido el 30 de mayo de 1928, sobre la segunda copia (pago hecho a Juan Antonio Uribe B.), ese mismo crédito ya estaba cedido con anterioridad sobre la tercera copia, desde el 2 de abril del mismo año; y que no es válido el pago hecho al cesionario, sobre la copia de un instrumento anteriormente cedido, porque sería desconocer los derechos del primer adquirente y admitir la cesión de cosa ajena.

— II —

Consideraciones de la Corte

A)—Cuestión teórica.

La cesión de un crédito es un acto jurídico por el cual un acreedor, que toma el nombre de cedente, transfiere voluntariamente el crédito o derecho personal que tiene contra su deudor a un tercero, que acepta y que toma el nombre de cesionario.

Este fenómeno jurídico de la cesión de créditos presenta características que le son propias e inherentes, de las cuales se destacan las más importantes, a saber: en la venta se consideran dos personas: el vendedor y el comprador; en la cesión de derechos personales hay que considerar tres personas: el cedente, el cesionario y el deudor.

Conviene estudiar separadamente las relaciones jurídicas entre el cedente y el cesionario, y entre el deudor y el cesionario, por ser indudablemente dos situaciones distintas e independientes.

La cesión de un crédito, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título. Pero si el crédito que se cede no consta en documento, la cesión puede hacerse otorgándose uno por el cedente al cesionario (artículo 33 de la Ley 57 de 1887). Resulta de lo dicho que la tradición de los créditos personales se verifica por medio de la entrega del título que debe hacer el cedente al cesionario (artículo 761 del C. C.) Al hacer el cedente la entrega del título al cesionario, se anotará en el mismo documento el traspaso del derecho, con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente, para que pueda después el cesionario hacer la notificación al deudor (artículo 1961 del C. C.)

Estos son los únicos requisitos para que se efectúe la tradición de un derecho personal o crédito entre el acreedor cedente y el tercero cesionario.

Ahora bien, en cuanto a las relaciones

jurídicas entre el deudor cedido y el tercero cesionario la cuestión es distinta. Verificada la entrega del título y extendida la nota de traspaso el cesionario adquiere el crédito, pero antes de la notificación o aceptación del deudor, sólo se le considera como dueño respecto del cedente y no respecto del deudor y de terceros. En consecuencia, podrá el deudor pagar al cedente o embargarse el crédito por acreedores del cedente, mientras no se surta la notificación o aceptación de la cesión por parte del deudor, ya que hasta entonces se considera existir el crédito en manos del cedente respecto del deudor y terceros (artículos 1963 del C. C.)

Resulta de lo expuesto que la cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no haya sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste (artículo 1960 del C. C.) En forma tal que tiene el cesionario dos medios para que la cesión produzca efecto en cuanto al deudor: a) la notificación, y b) la aceptación. La notificación es necesaria en los casos en que el deudor no acepta voluntariamente la cesión y debe hacerse con intervención del Organismo Judicial. La aceptación consistirá en un hecho que la suponga, como la litis contestación con el cesionario, un principio de pago al cesionario, etc., (artículo 1962 del C. C.)

Es muy importante para la decisión de este recurso advertir aquí que la ley no fija plazo para hacer la notificación al deudor y tal notificación sirve para dar una fecha cierta a la cesión, en relación con el cambio de acreedor, tanto respecto del deudor como de terceros. De lo dicho resulta que en el caso de que el cedente haya cedido el crédito a dos o más personas, produce efecto respecto del deudor y de terceros la cesión que se notificó primero al deudor cedido. Así lo resolvió esta Corte en sentencia de casación de 3 de noviembre de 1937, cuando dijo: "Si en virtud de demanda ejecutiva promovida por el cesionario de un crédito contra el deudor, la autoridad judicial competente libra mandamiento de

pago contra éste, reconociendo así al ejecutante como poseedor del crédito y además declara infundada la excepción propuesta por el ejecutado, consistente en no ser el ejecutante sino otra persona el legítimo cesionario, el pago que efectúa el deudor, en virtud de esta ejecución, es válido y lo libra de la deuda: obra mediante fuerza mayor que lo obliga a solucionarla en manos del poseedor del crédito". (G. J. Tomo XXXVI, pág. 69).

Y en otro fallo expuso la Corte esa misma doctrina cuando dijo: "La fecha de la cesión de un crédito se rige por los artículos 1960 y 1961 del Código Civil y no es, para los efectos legales, la de presentación de aquéllos en juicio o la en que ocurren los hechos a que antes alude el artículo 1762 del mismo Código, sino la que aparece en la nota de traspaso, acompañada de la constancia de la notificación o aceptación del deudor". (G. J. Tomo XLV, N° 1930, pág. 837).

También ha sostenido la Corte en numerosos fallos que la cesión de un crédito hipotecario puede hacerse por una simple nota privada y la razón de esta doctrina es que no existe disposición especial que obligue a hacerla por escritura pública, por lo cual es de aplicación la regla general sobre cesión que estatuye el artículo 1964 del C. C.

El deudor puede aceptar voluntariamente la cesión y entonces no es de rigor acudir a la notificación judicial. Tal aceptación puede ser expresa o tácita, según que comparezca y declare que la acepta o cuando se deduce de algún hecho que la supone, v. gr., la litis contestación con el cesionario, un principio de pago al cesionario, etc. (artículo 1962).

B). EL CASO DE AUTOS.

Aplicándose a este proceso los anteriores principios, en relación naturalmente con el cargo formulado en casación y antes extractado, se tiene lo siguiente:

a). Por auto de 22 de mayo de 1928 (f. 33), el Juzgado Segundo del Circuito de Armenia ordenó al Notario 1° de aquel circuito expedir otra copia de la escritura N° 279 de ese mismo año, en virtud de

petición del primer acreedor cedente Santiago Acosta y con el consentimiento del deudor Vicente Uribe B. La autorización del deudor para nada refleja o influye en lo relativo al valor de las cesiones posteriormente celebradas sobre ambas copias, porque tales cesiones fueron en su totalidad posteriores a ese consentimiento y éste se justificaba por la circunstancia de que la segunda copia instrumental, destinada al acreedor Marco A. Franco, figuraba agregada a un sumario en Buga. No ha sido extremo de las instancias ni del recurso el hecho de si esa tercera copia fue ordenada expedir por el Juzgado con el lleno de los requisitos legales y por eso no es de rigor pronunciarse sobre ese punto, siendo suficiente para la Corte que se haya expedido esa copia con intervención y autorización del Organismo Judicial, como lo preceptúa el artículo 2603 del C. C.

b). Al deudor Uribe B. se le exhibió esta tercera copia, cuya existencia conocía, pidiéndole que aceptara las tres primeras cesiones del crédito hechas sobre ella y manifestó su aceptación en diligencia fechada el 27 de julio de 1928. Las dos últimas cesiones que constan en esa tercera copia no fueron expresamente aceptadas por el deudor, pero sí lo fueron de manera tácita cuando se le notificó el mandamiento de pago por la vía ejecutiva, con exhibición de tal título, en el juicio que le siguió el último cesionario José M° Gutiérrez.

c). Seguido el juicio ejecutivo de Gutiérrez contra Uribe B., se le puso término en virtud de transacción, según consta en la escritura N° 119, de 25 de febrero de 1930. De esa manera consideró el deudor que había solucionado el crédito, en manos de su único y legítimo acreedor cesionario, ya que la segunda copia la suponía agregada definitivamente al sumario de Buga.

d). Pero resulta que la segunda copia se desglosa del sumario y sobre ella se hacen las numerosas cesiones a que se alude en los antecedentes. Y viene a ser el día 8 de abril de 1931, es decir, m

más de dos años después de aceptadas por el deudor Uribe B. las cesiones hechas en la tercera copia, y más de un año después de notificadas éstas y de cancelado el crédito, cuando se cita al deudor para hacerle la notificación judicial de las cesiones hechas en esa segunda copia.

— I I I —

Aparece claro que cuando se quiso notificar al deudor las cesiones hechas en la segunda copia, el 8 de abril de 1931, ya el crédito hipotecario estaba solucionado, en virtud de transacción por pago celebrado con el cesionario José M^a Gutiérrez, según consta en escritura 119. Ese pago o cancelación es válido y debe producir la plenitud de su efecto liberatorio respecto del deudor, porque se hizo sobre la copia legalmente extendida del título que contenía el crédito y porque tanto la aceptación como la notificación hacía mucho tiempo que se habían efectuado, siendo esos fenómenos los que le aseguran fecha precisa a la cesión y los que en realidad vinculan jurídicamente al deudor con el cesionario y con terceros.

De lo expuesto fluye la conclusión de que el pago o cancelación del crédito, hecho con el demandado y actual recurrente Gutiérrez, es válido y produce el efecto jurídico de solucionar esa obligación. Como consecuencia, las cesiones hechas sobre la segunda copia fueron tardías y no alcanzaron a producir el efecto legal de traspasar el derecho personal de manos del cesionario a otros, por haberse extinguido ya la obligación del deudor, por un modo legal y operante. De manera que no es indebido el pago realizado al recurrente Gutiérrez, por no existir los requisitos exigidos por los artículos 2313 y 2316 del C. C.

Dedúcese igualmente de lo dicho que la acción incoada no puede prosperar, por carencia absoluta de fundamento y porque el demandado no es el obligado a restituir lo indebidamente pagado, sino el cesionario que figuraba en último término en esa segunda copia y que en el juicio

especial seguido con exhibición de ella obtuvo el pago, parte en dinero, y parte por remate público de bienes del deudor Uribe B., embargados en el proceso. Quiere esto decir, como es lógico, que el deudor mencionado no tiene agotada su acción para obtener la repetición de lo indebidamente pagado e impedir un enriquecimiento sin causa justificada.

F a l l o

Incide el cargo presentado en casación contra la sentencia, por error de hecho manifiesto y de derecho en la apreciación de tal prueba documental, que condujo a la violación de los preceptos mencionados. El fallo, por lo tanto, debe infirmarse en casación, y al dictarse el que en su lugar debe proferir la Corte como Tribunal de instancia, son suficientes las razones expuestas para decretar la absolución del demandado de todos los cargos formulados en el juicio.

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 pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el diez y ocho de abril de mil novecientos cuarenta, y previa revocatoria de la de primer grado, dictada por el Juez Civil del Circuito de Calarcá el cinco de febrero de mil novecientos treinta y ocho, niega las declaraciones suplicadas en la demanda y abuelve al demandado de todos los cargos formulados en el libelo.

Sin costas.

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

Isaías Cepeda — José Miguel Arango —
Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa
Daza — Fulgencio Lequerica Vélez —
Hernán Salamanca — Pedro León Rincón,
Srio. en ppd.

SIMULACION — NATURALEZA JURIDICA DEL RECURSO DE CASACION — APRECIACION DE PRUEBAS

1. La simulación se cifra, por punto general, en ver dos contratos, de los cuales uno aparece y se encamina a disimular el otro, que es el efectivo. Así, la simulación no implica de suyo y desde luego nulidad, y ésta no puede pronunciarse sino cuando el estudio del contrato oculto la determina. — 2. El recurso de casación no es una tercera instancia. En él no cabe estudio de las pruebas sino en cuanto por error de hecho aparezca de manifiesto en los autos o por error de derecho se hayan apreciado indebidamente y con ello se haya incurrido en violación de las leyes sustantivas o por esa torcida vía se haya llegado a violarlas. La Corte no puede infirmar las conclusiones a que llegó el sentenciador-instancia analizando y concatenando el haz probatorio. El Tribunal para fallar en instancia tiene la amplitud otorgada por los artículos 660 a 667 del C. J. para el lleno de su misión de sentenciador. Ellas son a la vez potestad y límite. El fallo que no se salga de éste no puede casarse, porque quien lo estudia crea que, a haber sido sentenciador, habría llegado a deducciones distintas o cautamente habría estimado insuficientes las pruebas para llegar a las conclusiones a que esa sentencia llegó. — 3. La prueba testimonial no es de conceptos sino de hechos y el juzgador forma su opinión no porque los testigos la pronuncien o se la entreguen formulada, sino porque él deduce de las pruebas, las cuales, cuando se trata del dicho de testigos, establecen los hechos afirmativos satisfactoriamente por éstos. — 4. Cuando efectivamente el sentenciador se abstiene de decidir sobre asun-

to de su competencia y así lo declara en el fallo, absteniéndose de conocer de aquél, el motivo de casación precedente, dentro del elenco del artículo 520 del C. J., es el 7º y no el 1º. Abstenerse de conocer es algo muy distinto de abstenerse de pronunciar su fallo en el sentido deseado por una de las partes. — 5. En el capítulo sobre prestaciones mutuas la primera obligación es la de restituir al vencedor la cosa disputada, según el artículo 961 del Código Civil. Así, pues, la entrega es corolario legal de la nulidad y, por ende, quien está facultado para demandar ésta lo está también para pedir aquélla. Más todavía: la entrega viene de suyo.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Por medio de apoderado Inés Prada de Reinoso inició y ha seguido contra Leopoldo Reinoso y María del Carmen Gómez juicio ordinario encaminado a invalidar una compraventa y a obtener que los bienes materia de la misma se declaren pertenecientes a la sociedad conyugal Reinoso-Prada y a ésta se entreguen.

Antecedentes

Reinoso y su actual demandante contrajeron matrimonio en fecha anterior al 28 de septiembre de 1911 en que él compró el inmueble Las Manitas, y por escritura N° 599, otorgada ante el Notario

1º de Ibagué el 24 de julio de 1936, dice él vender a la prenombrada Gómez esta finca con los accesorios y semovientes indicados en ese instrumento en el precio de \$ 3,500 cubiertos así: \$ 2,000 con el crédito por esta suma en razón de los servicios domésticos prestados por ella a él y \$ 1,500 en dinero que ella le entregó.

La demanda inicial, fechada en marzo de 1937, solicita se declare en la sentencia definitiva: 1º Que los bienes determinados en esa escritura "petenecían, han petenecido y petenecen" a dicha sociedad conyugal; 2º Que esa compraventa es nula por carecer de causa y objeto lícitos; 3º Que tal escritura debe cancelarse, y 4º Que esos bienes no han salido del haber de aquella sociedad, "no obstante la venta simulada a que me he referido"; y pide, además, se ordene: 5º La entrega inmediata de tales bienes a esa sociedad, y 6º Que se oficie al Registrador para cancelar la inscripción de la misma escritura de 1936.

El Juzgado 2º del Circuito de Ibagué, donde cursó la primera instancia, la decidió el 18 de octubre de 1938 absolviendo a los demandados, fundado cardinalmente en que ese instrumento no figuraba en el proceso en copia notarial registrada y en que no se comprobó el referido matrimonio, por lo cual no podía procederse sobre el pie de existir dicha sociedad conyugal y de haber sido para ella la aludida adquisición de 1911.

La sentencia recurrida

Apelado ese fallo por el apoderado de la demandante, se surgió la segunda instancia en el Tribunal Superior de Ibagué, quien la decidió el 14 de mayo de 1940, revocando aquél y declarando simulada la compraventa materia del pleito, sobre la cual agregó esta declaración: "como tuvo por objeto hacer un traspaso ilícito, no puede producir efectos legales". Ordenó oficiar al Registrador, condenó en costas a Reinoso y negó los restantes pedimentos del libelo.

El Tribunal halló comprobados estos hechos: de un lado, la existencia de la sociedad conyugal para cuando el marido hizo la citada compra de 1911 y la consiguiente adquisición de los respectivos bienes por esa sociedad, al tenor del artículo 1781 del C. C.; y, de otro lado, la completa pobreza de la compradora Gómez, la conservación de la posesión y administración de tales bienes por el vendedor y el concubinato entre estos dos. Relacionando estos hechos entre sí los halló bastantes a acreditar la simulación y la ilicitud, y por el interés de la demandante en la sociedad conyugal le reconoció el interés jurídico necesario para ejercitar la acción incoada, no sin advertir que a ese motivo pecuniario de su personería se añade el que nace de ser gravemente lesionada por la situación anormal e ilícita que sostiene su marido. La negativa a las restantes peticiones del libelo la funda el Tribunal en que el apoderado las formula saliéndose "del radio de su mandato".

El recurso

Contra la sentencia del Tribunal interpusieron casación los tres litigantes, cada uno de los cuales ha fundado por su parte el recurso y respondido como opositor lo de su cargo.

Se estudian por separado estas demandas, comenzando por las de los apoderados de los demandados.

Ambos se detienen en la tesis sobre simulación sostenida en los últimos años por la Corte creyendo que aquélla respaldará o apoya sus ataques contra la sentencia recurrida. La manera como se planteó el debate y como lo afrontó el Tribunal dejan fuera de lugar esa tesis. Se cifra, en lo pertinente, en ver en la simulación por punto general dos contratos de los cuales uno aparece y se encamina a disimular el otro, que es el efectivo. Así, la simulación no implica de suyo y desde luego nulidad, y ésta no puede pronunciarse sino cuando el estudio del contrato oculto la determina. Si en el presente

pleito el Tribunal se hubiera limitado a hallar la simulación y por ella sola hubiera declarado la nulidad, entonces sí sería procedente traer a cuento aquella tesis; pero, como ese no fue su proceder, sino que hallada la simulación avocó el estudio del pacto efectivo y oculto y fue de este modo como, encontrándole su ilicitud, pronunció su ineficacia, lo atañedero a dicha tesis es aquí enteramente extraño. No sobra advertir que el apartarse un Tribunal de tal o cual tesis o doctrina de la Corte no constituye causal de casación. Debe advertirse que el Tribunal en este pleito expone en resumen conciso y claro las doctrinas sobre simulación de que viene hablándose y las que sobre el mismo tema habían prevalecido, y que expresamente anota que considera en sí el pacto disimulado por los demandados bajo una compraventa, después de ver que ésta es simulada.

La cardinal acusación versa sobre error en la apreciación de las pruebas que condujo a quebrantar disposiciones legales sustantivas, tanto en lo relativo a los hechos básicos cuanto a la deducción, de ellos, de la simulación y la ilicitud. En su concepto las pruebas, que analizan una a una, no establecen la pobreza de la compradora, ni la conservación de los bienes en manos del vendedor, ni el concubinato entre ellos, y además, aunque estos tres hechos estuviesen acreditados, sería ilegal, en su opinión, derivar de ellos aquellas conclusiones, ya porque un concubinato no es óbice a la verdad de una compraventa entre los concubinos, ya porque el haber sido pobre la Gómez no cierra la posibilidad a que hubiese acumulado sus salarios y desarrollado al lado de su trabajo de cocinera otras actividades lucrativas, ya porque continuar Reinoso al frente de los bienes vendidos no significa obligadamente que el dominio siguiera en él, máxime teniendo de la compradora poder para administrar esos mismos bienes conferido en la misma escritura de compraventa, ya porque la reunión de

esas circunstancias tampoco llega a significar simulación ni ilicitud.

Un número plural y aun abundante de testigos que dan la razón de su dicho y aducen hechos presenciados por ellos, a más de respaldarse con lo que declaran ser voz general en la región, establecen plenamente el concubinato existente entre Reinoso y la Gómez, unión de que han nacido varios hijos. Así las cosas y visto el artículo 697 del C. J., no puede aceptarse el cargo de error en la apreciación de las pruebas que establecen ese hecho ni, por tanto, en reconocer éste.

Otro tanto acontece respecto de la extrema pobreza de la Gómez. Algunos de los testigos dicen conocerla desde niña y haber conocido su familia, cuya pobreza afirman también, y agregan que vieron a la Gómez salir de un concubinato anterior en ese estado de miseria para entrar de cocinera, que ha sido su ocupación, a la casa de Reinoso y señora. Afirman así mismo que el salario por este servicio en el lugar y época de que se trata en este pleito es habitualmente de \$ 3 mensuales, cuando quien lo presta no tiene hijos, porque cuando los tiene la remuneración es menor, si es que se coloca.

La parte demandada ha sostenido que en negocios o actividades distintas, seguidas por la Gómez al lado de su oficio de cocinera, ha podido formar un pequeño haber que explicaría los pagos de sus compras, junto con lo que de su salario pudo ahorrar. Pero estos hechos no aparecen comprobados y apenas algunos de los testigos hablan en general de lo mucho que puede lograr una persona laboriosa y económica, sin afirmar nada concreto a estos respectos en lo tocante a Carmen Gómez.

De ahí que no se encuentre error en la apreciación de las pruebas por haber hallado el Tribunal establecida en legal forma la pobreza extrema de la compradora para la época del contrato. El artículo 702 del C. J., regula los casos de contradicción.

Cuanto a haber conservado Reinoso los bienes en referencia y seguido al frente

de ellos después de su escritura a la Gómez cual si esto no hubiese sucedido, es un hecho sobre el cual obran también numerosas declaraciones de testigos que han visto los correspondientes actos administrativos y dispositivos de Reinoso y que, además, han celebrado, algunos de ellos, con él los respectivos negocios y contratos; afirman que por excepción en ausencia de él interviene en ello la Gómez, defiriendo a Reinoso, y varios de ellos añaden haber oído de labios, tanto de él como de ella, que los bienes que aparecen como de ésta por tener escritura en su favor son de él, quien los ha puesto en cabeza de ella temiendo pleitos y, de otro lado, herido por actos de su familia a que los testigos aluden diciendo que Reinoso los califica de marranadas.

La principal objeción de los demandados a este respecto consiste en que el Tribunal pasó por alto el mandato para administrar los bienes vendidos por la citada escritura de 1936, conferido por la compradora al vendedor.

El sentido evidente de la parte motiva del fallo y aun su tenor literal hacen ver que más bien halló en esa cláusula un detalle que de antemano redondeaba la maniobra preparando la explicación de actos como de apoderado a los que los aparentes vendedor y compradora miraban desde entonces como inevitables, sabiendo que Reinoso conservaba lo que decía enajenar. Pero es evidente que el Tribunal no se detiene a estudiar esa cláusula de la escritura, omisión de que puede deducirse el cargo de error manifiesto de hecho. Y sin embargo, no se produce la infirmación de la sentencia, tanto porque quedan en firme sus soportes restantes, cuanto porque el hecho mismo de la conservación de los bienes en manos de Reinoso con ánimo y en calidad de dueño y no como mandatario, hecho que es el que da la referida fuerza indicial de simulación a aquellos actos, está respaldado por las numerosas declaraciones de testigos ya resumidas aquí.

Como detalle tangencial corroborante de ese concepto encuéntrase analizada por

el Tribunal, la circunstancia de que no solamente los bienes materia del contrato aquí controvertido son los que aparecen como de Carmen Gómez, sino que hay otros que, al igual de aquellos, que son los únicos sobre los cuales figura un mandato, se hallan también en manos de Reinoso en forma de que es él y no la Gómez quien dispone lo atañadero a ellos y su marcha y sus frutos, así como a sus reparaciones.

Así, pues, en lo referente a la administración de Reinoso no hay tampoco el error de apreciación de pruebas de que hablan los demandados.

Ahora bien, en relacionar esos indicios entre sí y deducir en esta forma de ellos las conclusiones mencionadas, el Tribunal no se apartó de las reglas pertinentes en lógica y en ley, y esta consideración basta para no infirmar su fallo en cuanto llega a tales conclusiones. El recurso de casación no es una tercera instancia. En él no cabe estudio de las pruebas sino en cuanto por error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos o por error de derecho se hayan apreciado indebidamente y con ello se haya incurrido en violación de leyes sustantivas o por esa torcida vía se haya llegado a violarlas. El Tribunal no olvidó los artículos 660 a 667 del C. J. De ahí, repítese, que la Corte no puede infirmarle las conclusiones a que él llegó analizando y concatenando el haz probatorio. El Tribunal para fallar en instancia tiene la amplitud otorgada por esas disposiciones para el lleno de su misión de sentenciador, Ellas son a la vez potestad y límites. El fallo que no se salga de éste no puede casarse porque quien lo estudia crea que, a haber sido sentenciador, habría llegado a deducciones distintas o cautamente habría estimado insuficientes las pruebas para llegar a las conclusiones a que esa sentencia llegó.

El apoderado de Reinoso reclama contra la admisión de la prueba testimonial tratándose de obligación de valor mayor de quinientos pesos. El reparo es inadmisiblemente y para hallarlo así basta recor-

dar el artículo 93 de la Ley 153 de 1887, ante el cual quedan exceptuados de lo dispuesto en sus artículos precedentes "los casos en que haya sido imposible obtener una prueba escrita". Procede en esto el legislador con muy buen sentido, pues no sería razonable exigir al perjudicado con acto o contrato ajeno que para su defensa aduzca prueba escrita que no le sería dado producir o preconstituir sino a los autores de ese perjuicio.

Contrainterrogados varios de los testigos, algunos manifestaron no estar en la intimidad de esos enredos, refiriéndose a la pregunta sobre si es simulada la compraventa materia de este pleito, y de ahí deducen los demandados argumento contra la apreciación de esas declaraciones por el Tribunal, en cuanto, apesar de esas prudentes salvedades de los testigos, él declara simulado el contrato.

Para ver lo infundado del argumento basta considerar que la prueba testimonial no es de conceptos sino de hechos y que, por otra parte, el juzgador forma su opinión no porque los testigos la pronuncien o se la entreguen formulada, sino porque él la deduce de las pruebas, las cuales, cuando se trata del dicho de testigos, establecen los hechos afirmados satisfactoriamente por éstos. Aquí, por ejemplo, el Tribunal llega a sus conclusiones, no porque tantos o cuantos testigos pronunciaran la palabra simulación, sino porque, dando la razón de su dicho, afirmaron ciertos hechos de cuyo conjunto dedujo que la compraventa es simulada y bajo ella se oculta un traspaso ilícito.

Por lo demás, como ya se vio, el proceso mental en cuya virtud el fallador en instancia analiza las pruebas y las relaciona entre sí, es algo que, en ajustado a las pertinentes disposiciones legales, escapa a la casación.

Aunque lo dicho bastaría para negar la infirmación del fallo recurrido en cuanto llegó a las antedichas conclusiones, a mayor abundamiento se estudian en seguida los cargos de violación de leyes, siguiendo para más claridad el mismo or-

den del alegato del apoderado de Reinoso, expresamente acogido y respaldado por el de la Gómez, cuyos cargos adicionales a esos se estudiarán también.

Ellos son el de quebrantamiento de los siguientes artículos: 1494 y 1502 del C. C., el primero de los cuales dice de dónde nacen las obligaciones, entre cuyas fuentes figuran en él los contratos, y el segundo de los cuales indica los elementos necesarios para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad. El cargo consiste en haberle negado el Tribunal su validez y eficacia a la compraventa en referencia sin que la demandante demostrara que a ésta falta alguno de los elementos aludidos.

Como entre éstos figura la causa lícita y el Tribunal anotó la ausencia de tan indispensable y primordial concurrente, es visible la improcedencia de la acusación.

1765 y 1934 del C. C., el primero de los cuales da plena fe contra sus otorgantes al instrumento público y el segundo de los cuales establece que sólo la nulidad o falsificación de la escritura misma permitirá acción contra terceros cuando se trata de una de compraventa en que el precio figure pagado. El cargo consiste en haberse declarado la invalidez de una compraventa celebrada en escritura que en sí misma está libre de tacha y que expresa haberse pagado el precio. Es inadmisibles desde luego, ante la sola consideración de que la señora Prada no fue otorgante. Apenas será conveniente agregar que la guarda de los terceros no puede invocarse como arma contra ellos.

Artículo 1768 del C. C. El cargo consiste en que, según este artículo, las presunciones que deduce el juez "deberán ser graves, precisas y concordantes", y el Tribunal "construye un andamiaje de presunciones y con base en ellas le niega toda eficacia al contenido contractual de la escritura 599", olvidando aquella exigencia. Queda rechazado con lo antedicho sobre cada uno de los hechos indiciales y sobre el modo de relacionarlos entre sí el Tribunal.

Artículos 329, 341, 342 y 343 del C. J.

Se dan por quebrantados porque el Tribunal no falló las excepciones referentes a la personería de la demandante para incoar la acción materia de su demanda y también al poder que confirió para ésta.

Se observa: cuando efectivamente el sentenciador se abstiene de decidir sobre asunto de su competencia y así lo declara en el fallo, absteniéndose de conocer de aquél, el motivo de casación precedente, dentro del elenco del artículo 520 del C. J., es el 7º y no el 1º. Abstenerse de conocer es algo muy distinto de abastenerse de pronunciar su fallo en el sentido deseado por una de las partes. Aquí, por ejemplo, el Tribunal estudió detenidamente lo relativo a esas excepciones y las desechó virtualmente desde luégo que, apesar de ellas, decretó lo pedido por la actora. Para reconocerlo así y para hallar cumplido el deber de que habla el artículo 343 citado, no era indispensable que expresa y sacramentalmente declarara desechadas las excepciones en frase ad hoc de su parte resolutive.

Aunque estas consideraciones bastan a rechazar el cargo, debe agregarse sobre las excepciones en sí lo siguiente: la relativa a personería de la señora Prada no ha sido tema del recurso y la relativa a la situación de su apoderado, que sí lo ha sido, se halla inaceptable. En efecto, consiste ésta en que el poder se limitó, según los demandados, a la simulación, de donde deducen que el apoderado se excedió al demandar lo que pide su libelo, el que aquí quedó resumido y en parte transcrito.

Ese poder lo confirió la señora en estos términos: "... para que en mi nombre demande la nulidad de los contratos de compraventa celebrados entre mi esposo Leopoldo Reinoso y la señora Carmen Gómez sobre bienes pertenecientes a la sociedad conyugal que actualmente existe entre el citado Reinoso y yo. Esta gestión tiene como finalidad el que se consiga la nulidad por simulación de los mencionados contratos".

Esta transcripción demuestra la carencia de fundamento del cargo, puesto que el poder versa ante todo sobre nulidad en

forma genérica, de suerte que la facultad correspondiente no puede echarse menos. Además, hablar de la simulación no es manifestar algo que excluya la nulidad. La señora perfectamente pudo a la vez calificar los contratos de simulados y de nulos y aun sugerir que por la senda de la simulación se llegaría a encontrar la nulidad del contrato oculto bajo la compraventa simulada.

Artículos 593 y 601 del C. J., según los cuales toda decisión judicial se fundará en hechos demostrados de manera plena y completa y las dudas se resolverán en favor del demandado. El cargo consiste en que por meras inferencias sobre pruebas incompletas el Tribunal encontró una simulación y desnaturalizó el contrato contenido en la escritura 599 la cual, si deja posible duda, acaso lo sería entre si fue venta o dación en pago a lo que procedió Reinoso.

Lo tocante a las pruebas y a su calidad legal queda ya estudiado. La decisión entre dación en pago o compraventa es inoficioso avocarla, siendo así que para ser conducente sería preciso ante todo que se estuviera ante un contrato verdadero y efectivo.

Artículos 661 y 666 del C. J., porque el Tribunal se ha basado en "cálculos alegres" sobre los bienes de la compradora y ha deducido "unos indicios de otros indicios". Este cargo queda estudiado y rechazado con el estudio de las pruebas sobre los hechos indiciales y sobre el modo de relacionarlos entre sí el Tribunal.

Artículos 1602, 1616 y 1620 del C. C. y 698, 701 y 703 del C. J., referentes aquellos a la firmeza de los contratos y forma de interpretarlos y relativos los otros al valor probatorio de las declaraciones y de los indicios. La violación consiste en haberse declarado la simulación e ilicitud antedichas. Sobre apreciación de las pruebas sería excesivo insistir; sobre validez e interpretación de los contratos bastará advertir que aquellas disposiciones se refieren a los celebrados legalmente y que éste no es el caso de la compraventa aquí controvertida.

Artículo 1521 del C. C. Se le reputa violado porque las cosas compravendidas no figuran en aquellas cuya enajenación contiene objeto ilícito al tenor de aquella disposición, y el Tribunal, desviando su concepto de la causa hacia el objeto, pronuncia ilicitud de éste. Esto no es así: con toda claridad el concepto de ilicitud lo hace recaer sobre la causa, y si en la parte resolutive figura la palabra objeto es en el sentido de finalidad y en manera alguna para señalar las cosas materia de la compraventa. En efecto, en el mismo inciso en que, citando el contrato dice de él que "es simulado", agrega: "y, como tuvo por objeto hacer un traspaso ilícito, no puede producir efectos legales". Bien se ve que aquel es el sentido del vocablo objeto y que el calificativo de ilícito se refiere al traspaso.

A más de dicho artículo 1521, el apoderado de la Gómez indica como violados el 1766 y el 1857 del C. C. Aunque no expresa el concepto en que lo haya sido, lo que bastaría, se agrega para rechazar el cargo que no se encuentra cómo los viole el fallo que pronuncia las declaraciones antedichas, puesto que el 1766 se refiere a las escrituras privadas y a las contra-escrituras de los otorgantes para alterar lo pactado en escritura pública, y el 1857 requiere esta solemnidad para la venta de inmueble, después de decir que en tesis general este contrato se reputa perfecto desde que las partes convienen en la cosa y el precio.

El recurso de la parte demandante versa sobre la negativa del Tribunal a algunas peticiones del libelo, fundada en que "escapan al radio de acción de su mandato".

Esas peticiones son la de declaración de que los bienes pertenecen a la sociedad conyugal y la orden de entregarlos a ésta.

Ya se vio, trascribiéndolo, cuál es el mandato conferido por la señora Prada. En realidad no contiene facultad expresa y separada para cada uno de esos peditos; pero consignarlas en el memorial poder, aunque es lo acostumbrado ge-

neralmente, no era necesario ni es, por lo mismo, motivo para aquella denegación. Conforme al artículo 1746 del C. C., ejecutoriada la sentencia que declara nulo un contrato, las partes deben ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no lo hubieran celebrado, y los pasos que han de dar a este fin se ajustarán a las reglas generales, de las cuales es primera en el capítulo de las Prestaciones Mutuas la de restituir el vencido al vencedor la cosa disputada, según el artículo 961 de esa obra. Así, pues, la entrega es corolario legal de la nulidad en casos como el de este pleito y, por ende, quien está facultado para demandar ésta lo está para pedir aquella. Más todavía: la entrega viene de suyo.

Por haberla negado el Tribunal se acusa el fallo invocando, entre otras, estas disposiciones legales y reclamando contra su falta de aplicación. Lo dicho indica que el cargo es fundado. Hallándose así, no es el caso de estudiar los restantes, según el artículo 538 del C. J., en lo atañero a la demanda de la parte actora, en el juicio, que es recurrente en casación.

La declaración de pertenencia superabunda. El dominio de los referidos bienes es de la sociedad conyugal por virtud del citado artículo 1781, cuyo numeral 5º dice que el haber de ella se compone "de todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso". Si Reinoso estaba casado con la señora Prada cuando hizo la compra de 1911, a la sociedad conyugal contraída por el hecho de ese matrimonio según el artículo 180 *ibidem* pertenecen esos bienes, y no apareciendo que de ellos se haya apartado sino por obra de la venta de 1936 que aquí se anula, ese dominio actual de la sociedad arranca de aquel título y su fecha y de estas disposiciones legales, sin necesidad de que la sentencia sobre nulidad contenga expresa declaración al respecto; pero esta consideración no se opone a la conveniencia de que el fallo, como de ordinario sucede, lo haga presente.

Todo esto indica que la sentencia re-

currida debe casarse parcialmente en forma de reemplazarse la negativa antedicha por las declaraciones solicitadas.

Respecto del matrimonio en cuya virtud se contrajo esa sociedad, ocurrió verdadera contienda en las instancias, pues los demandados lo negaron; pero en la casación no insisten, sin duda por las probanzas aducidas y las razones del Tribunal al respecto. Si se toma por insistencia sobre ello la alusión al alegato del abogado de los demandados ante aquel, se tiene que ella no basta para dar por formulado un cargo (C. J. artículo 531) y se tiene, por otra parte, en relación con la cita del artículo 395 del C. C., añadida a última hora, que se llenaron las exigencias de esta disposición comprobando la falta del acta de matrimonio por el incendio del archivo parroquial del lugar donde se celebró y acreditando igualmente la posesión notoria en sí. Aunque eso habría bastado, iterativamente se trajeron las actas de bautismo de las hijas nacidas de esa unión y bautizadas como legítimas, y además pone de presente el Tribunal las frases que, contra la aludida negativa, se escapan a Reinoso y su abogado sobre que Reinoso está casado con su actual demandante.

Por lo demás, esas pruebas acreditan sobre fecha del matrimonio lo bastante al presente pleito, o sea, que fue anterior a 1911, pues esto indica que la compra hecha de Las Manitas ese año por el marido fue adquisición de la sociedad conyugal.

En resumen: debe casarse la sentencia recurrida con el solo fin de reemplazar las

negativas citadas por la concesión correspondiente; de suerte que quedará en pie en lo demás, de lo cual lo cardinal es la referida declaración de simulación y la de ilicitud. Como se dijo, la entrega que ahora se decreta es consecuencia legal obligada y, por decirlo así, automática de la declaración de nulidad, ya que ésta significa que los bienes que aparecen trasferidos en el contrato invalidado han de volver al estado en que se hallaban al otorgarse la escritura del mismo. (C. C. artículo 1746).

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, en el sentido de ordenar que los bienes determinados en la escritura número 599 otorgada ante el Notario 1° de Ibagué el 24 de julio de 1936 se entreguen por los demandados a la sociedad conyugal a que pertenecen, esto es, a la formada por el matrimonio de Leopoldo Reinoso con Inés Prada.

En todo lo demás la sentencia recurrida queda en pie.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango — Liborio Escallón — Ricardo Hines-trosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION PETITORIA DE DOMINIO.

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

(Ponente: magistrado Dr. José Miguel Arango).

El apoderado judicial de Tomás Jaimes Vera, estableció demanda civil ordinaria contra los sucesores y causahabientes, a cualquier título, de Policarpa Almeida de Bosh y de Pradilla, Francisca Almeida de Balansó, Teresa Almeida de Ruiz, Rafaela Almeida de Castro, María Trinidad Almeida y Vicente Almeida, y en general, contra todos los sucesores y causahabientes, a cualquier título, de Juan Gregorio Almeida y Rosalía Sumalave, por considerar que para él los demandados eran personas inciertas, por lo cual solicitó que se les nombrara oportunamente un curador ad-litem, si no se presentaren al juicio.

En esa demanda solicitó, la siguiente declaración, como principal:

“Que el señor Tomás Jaimes Vera es dueño exclusivo y poseedor inscrito y material, por haberlo adquirido a título de compraventa, de un lote de terreno llamado “La Fundación”, con sus plantaciones, huertas, pastos, rastrojos, montes, casa y todas sus anexidades y dependencias, ubicado entre las estaciones de Alto Viento y La Jarra del ferrocarril de Cúcuta a Puerto Villamizar, en términos del Municipio de Cúcuta, y alinderado como allí se expresa”.

Como primera petición subsidiaria pidió: “Que se declare que el señor Tomás Jaimes Vera es dueño del mismo lote de terreno, con sus plantaciones, huertas, pastos, rastrojos, montes, casa y todas sus anexidades y dependencias dichas, de

acuerdo con la alindación que se acaba de hacer, por haberlos ganado por prescripción ordinaria adquisitiva de dominio”.

Como segunda subsidiaria impetró: “Que el señor Tomás Jaimes Vera es dueño del mismo lote de terreno con todas sus dependencias y anexidades referidas y alindadas como se expresa en la petición principal, por haberlos ganado por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio”.

Apoyó su acción en los siguientes hechos:

“1. Por escritura número 423 otorgada en la Notaría 1ª de Cúcuta el 8 de agosto de 1916, registrada en el libro de registro número 1º el 17 del mismo mes, Eudosia Monsalve de Moreno vendió a Tomás Jaimes Vera el lote a que se refiere esta demanda, llamado “La Fundación”, junto con otro llamado “El Manguito”, que se excluye de las presentes peticiones.

2. En la escritura citada se englobaron los lotes “La Fundación” y “El Manguito” bajo unos mismos linderos generales pero “La Fundación” tiene de época anterior sus linderos especiales, que son los referidos en las peticiones de esta demanda.

3. Eudosia Monsalve de Moreno, antecesora de Tomás Jaimes Vera en el dominio y posesión de “La Fundación”, adquirió ésta de Josefa Medina según escritura número 622 de 21 de septiembre de 1914, otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito. Allí aparecen los linderos de “La Fundación” separadamente de los del “Manguito”;

4. Antes de Josefa Medina, poseyó Simón Moreno la finca desde el año de 1906 hasta el de 1914;

5. Tomás Jaimes Vera es poseedor regular inscrito de la finca "La Fundación" desde hace más de diez años;

6. Tomás Jaimes Vera ha poseído materialmente la finca en forma quieta, pacífica y no interrumpida desde agosto de 1916 hasta el presente, ejecutando actos de explotación económica del suelo y hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio;

7. Los poseedores anteriores a Tomás Jaimes Vera, contando hacia atrás hasta el año de 1906, han poseído la finca quieta y pacíficamente sin interrupción, ejecutando actos de explotación económica del suelo y hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio;

8. Tomás Jaimes Vera agrega la posesión de sus antecesores a la suya hasta completar un término de treinta años, contados desde el presente atrás".

Sentencias

Seguido el juicio por los trámites del caso, el Juez 1º del Circuito de Cúcuta, en sentencia de 6 de marzo de 1940, falló la controversia desechando la principal petición de la demanda y acogiendo la primera subsidiaria así:

"Declara que el señor Tomás Jaimes Vera es dueño del lote de terreno llamado "La Fundación", por haberlo ganado por prescripción adquisitiva de dominio con sus plantaciones, huertas, rastrojos, montes, casa y todas sus anexidades y dependencias, lote ubicado entre las estaciones de Altoviento y "La Jarra" en el ferrocarril de Cúcuta a Puerto Villamizar, en terrenos del municipio de Cúcuta y alinderado como se establece en la demanda".

El apoderado de los demandados interpuso recurso de apelación contra el fallo anterior, y el Tribunal Superior de Pamplona en proveído de 30 de agosto del mismo año, reformó la sentencia del Juez y en su lugar declaró que el señor Tomás Jaimes Vera es dueño, por ser poseedor material e inscrito, del inmueble denominado "La Fundación", con sus planta-

ciones, huertas, rastrojos, montes, casa y todas sus anexidades y dependencias por los linderos especificados en la demanda.

Recurso

El apoderado de los demandados recurrió en casación, del proveído anterior, recurso que se le concedió y que hoy se estudia para su decisión por estar agotada la correspondiente tramitación.

Como motivos de casación alega el primero de los numerados en el artículo 520 del C. J., por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por haber interpretado erróneamente los artículos 669 y 946 del Código Civil, y por infracción directa del artículo 762 del mismo código.

No hay que dejar escapar de la memoria estos antecedentes jurídicos para la mejor inteligencia del recurso y de su estudio, advirtiendo que la sentencia del Tribunal no cambia la situación jurídica del demandante, que es poseedor regular y poseedor material, no por efecto del fallo, sino en virtud de los títulos escriturarios, debidamente registrados, y de los actos de señor y dueño que sin interrupción ha ejercido en el fundo por más de diez años, pacíficamente.

El demandante estableció una acción petitoria de dominio, no condenatoria, y la dirigió contra todas las personas que pudieren, o creyeren que podían tener derecho, en los terrenos conocidos con el nombre de "comunidad de los Almeidas", no porque reconociera que esas tierras pertenecían verdaderamente a la citada comunidad, que en concepto del demandante no existe, sino para esclarecer la situación jurídica de esos terrenos y por ello expresamente hizo constar:

"Por una costumbre inveterada, casi desde tiempo inmemorial como dice el doctor Alfonso Lara en su demanda de prescripción adquisitiva del predio "La Fe" contra los pretendientes a la comunidad, las fincas situadas en las regiones de Guayabal, Salado, Oripaya, etc., se les designa como situadas en una supuesta comu-

nidad, llamada de los Almeidas, sin que en realidad, ni jurídica ni materialmente exista sobre esos bastos territorios esa figura que en nuestro derecho se denomina cuasi-contrato de comunidad.

“En ninguna parte aparecen las características de esa situación, ni los dueños o representantes de esa supuesta entidad han ejercido, ni ejercen actos de señor y dueño, en ninguna parte del citado territorio. Se trata indiscutiblemente de una designación geográfica así como en esas mismas tierras se le da a determinada región el nombre de “Vereda de los padres Capuchinos”, El Salado, etc., sin que en la práctica haya tal vereda perteneciente a ninguna comunidad religiosa ni alto o cerro que se llame El Salado.

“Es pues con el ánimo de acabar con esta costumbre perjudicial al crédito y a la valorización de la propiedad raíz, por lo que se han iniciado el presente y otros juicios de igual naturaleza para discutir de una vez el alcance jurídico de tan malhadada expresión, para si en la realidad hay tales comuneros se hagan presentes, demuestren su dominio, los actos de señores y dueños que hayan ejercido sobre la tierra que se apellida de los Almeidas, o, si hemos de continuar usando tal expresión, ésta sólo puede entrañar, el recuerdo de una poderosa familia que existió hace un siglo en estos valles, algunos de cuyos miembros figuran como héroes de nuestra independencia”.

Los siguientes son los argumentos que invoca el recurrente para sustentar los motivos de casación alegados.

“La cosa corporal sobre la cual se ejerce el dominio debe ser determinada y la sentencia que lo reconozca tiene que recaer sobre la cosa corporal en que dicho derecho se radica. La sentencia del Tribunal reconoce el dominio del señor Tomás Jaimes Vera sobre las fincas determinadas, materia de la demanda pero como el derecho del demandante Jaimes no radica exclusivamente sobre esas fincas, porque ellas forman parte de una comunidad, el demandante no ejerce dominio ex-

clusivo sobre el bien objeto de la acción, de tal suerte que, al reconocerlo el Tribunal, interpretó erróneamente el artículo 669 del Código Civil, y por consiguiente, el 946, ibídem, que consagra la acción de dominio”.

Se contesta: el Tribunal no declaró que el demandante tenía el dominio de la finca alinderada en la demanda, ni entró a estudiar la prueba directa de él porque para aquél, el actor demostró ser el poseedor inscrito del inmueble, con las correspondientes escrituras, debidamente registradas, traídas a los autos, e igualmente demostró su posesión material por medio de actos de señor y dueño, en la explotación económica del predio durante un período de más de treinta años, agregando su posesión a la de sus antecesores, como aparece de las declaraciones rendidas por los testigos de la parte demandante.

El Tribunal reconoció expresamente que el demandante como poseedor inscrito y como tenedor material, estaba amparado por la presunción establecida en el artículo 762 del Código Civil, inciso 2º, que enseña que el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo, y en el caso de autos, los demandados ni trataron de establecer la existencia jurídica de la “comunidad de los Almeidas”, ni pretendieron sobre esos terrenos mejor derecho que el alegado por el demandante Jaimes Vera. Además la presunción de dominio reconocida por el Tribunal a favor del demandante, se refiere a un cuerpo cierto ubicado en determinados parajes y perfectamente deslindado.

Lo dicho basta para rechazar el primer cargo de la demanda de casación.

En cuanto al segundo motivo, consistente en la infracción directa del artículo 762 del Código Civil considera el recurrente que el Tribunal lo quebrantó al reconocer a Jaimes como poseedor exclusivo del inmueble denominado “La Fundación”, siendo así que tal inmueble se halla situado en terrenos de la “comuni-

dad de los Almeidas" y por tanto el demandante sólo ha poseído a título precario, sin realizarse plena y exclusivamente los elementos constitutivos del dominio.

Para rechazar la acusación basta recordar que los demandados no intentaron siquiera demostrar la existencia legal de la llamada "comunidad de los Almeidas", ni en su defensa acompañaron título alguno, ni traslaticio ni constitutivo de dominio, que los reputara como comuneros ni como dueños de determinado territorio en dicha región y por ello no puede sostenerse que el predio "La Fundación" haga parte de los terrenos de la comunidad, ya que ni por asomo se ha intentado comprobar la existencia de la llamada "comunidad de los Almeidas".

Por todo lo expuesto la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administran-

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

F a l l a :

1. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona de fecha treinta de agosto de mil novecientos cuarenta.

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

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

Isaías Cepeda — José Miguel Arango—
 Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa
 Daza — Fulgencio Lequerica Vélez —
 Hernán Salamanca — Pedro León Rincón,
 Secretario.

ACCION DE RESCISION POR LESION ENORME — DICTAMEN PERICIAL

1. La razón o el principio en que se funda el artículo 718 del Código Judicial es el siguiente: la prueba pericial es una prueba común que no puede producirse sino con intervención de ambas partes, aun cuando sea una sola la que la pida, y siendo esto así, cuando tal prueba se ha decretado, es inoficiosa la práctica de otra igual por cuanto equivale a repetirse lo que ya está decretado y hasta consumado. Sólo cuando esa prueba resulta fallida dentro del mismo juicio por haber prosperado alguna objeción contra el dictamen pericial, puede repetirse como lo preceptúa el artículo 719 del C. J.; pero en ese caso la repetición se hace, en el concepto, sobre la base y sobre la realidad de que la primera prueba no existe, lo cual es claro porque el experticio sólo queda legalmente producido cuando el dictamen pericial ha sido puesto en conocimiento de las partes y no ha sido objetado o no han prosperado las tachas propuestas contra él.

2. Si es cierto que según el artículo 721 del C. J. cuando se trata de avalúos o de cualquiera regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos hace plena prueba, también lo es que dicha norma no es de aplicación mecánica ni obliga fatalmente al juzgador, puesto que éste queda en libertad para apreciar la fundamentación que hayan dado los expertos a su dictamen y entonces si tal fundamentación es acertada y exacta, el experticio tiene el carácter de plena prueba. — 3. Cuando en el ca-

so de decretarse la rescisión, por lesión enorme el comprador no opta por completar el precio, es claro que tiene derecho a que la parte demandante le devuelva el dinero precio de la compra y sus intereses legales desde el día de la demanda hasta el pago.

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

(Magistrado ponente: doctor Liborio Escallón).

Según consta de la escritura pública número 31 de 18 de abril de 1938 de la Notaría de Guacarí, Aquileo Hernández vendió a Hersilia Domínguez una finca rural constante de 66 fanegadas, ubicada en el sitio de "Guabas", de dicho municipio, por el precio de \$ 4,000 moneda corriente.

Poco tiempo después, el 16 de septiembre de 1938, murió el vendedor Aquileo Hernández y las hermanas de éste, Carmen y Trinidad, en su condición de herederas del vendedor, demandaron a la compradora Hersilia Domínguez para que mediante la tramitación de un juicio ordinario y con su citación y audiencia se declarara simulado el contrato de que da cuenta la precitada escritura N° 31 y en subsidio la rescisión de la venta por lesión enorme.

El Juez de primera instancia, el Civil de Buga, en fallo de 14 de junio de 1939 absolvió a la demandada de los cargos de la demanda y el Tribunal Superior de Buga, en sentencia de 16 de julio del año próximo pasado confirmó la del inferior.

El apoderado de la parte actora recu-

rrió en casación y el recurso pasa a decidirse hoy.

Fueron dos las acciones deducidas en el libelo, la de simulación y la de lesión enorme, en subsidio, como ya se expresó.

La primera está descartada del recurso por manifestación del recurrente quien se expresa así al efecto: "La sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior de Buga, de fecha 16 de julio de 1940, contra la cual ha interpuesto la parte que represento el recurso de casación, dice en lo sustancial, limitando esa transcripción a la parte referente a la acción de lesión enorme, pues en lo relativo a la acción de simulación ejercitada como principal, aun cuando el fallo, en mi sentir, es desacertado, no he encontrado que en esa parte sea atacable eficazmente en casación, por no aparecer clara, en cuanto a dicha acción de simulación, la violación de la ley proveniente de mala apreciación de las pruebas por error de derecho o por error de hecho evidente en los autos".

Sobre esta base el recurrente impugna la sentencia por no haber el fallador decretado la rescisión de la venta por lesión enorme y, esa impugnación la basa en el ordinal 1º del artículo 520 del C. Judicial, por cuanto, en su sentir, el Tribunal incidió en errores de hecho y de derecho violando los artículos 1946, 1947 y 1948 del C. Civil, 593, 601, 718, 721 y 722 del C. Judicial.

En el primer capítulo de su acusación el recurrente señala, entre otros, como violado el artículo 718 del C. Judicial por cuanto el Tribunal basó su sentencia en un segundo dictamen pericial producido en la segunda instancia, con clara violación de la norma legal mencionada toda vez que según ésta no se puede pedir dictamen de peritos sino una vez en cada instancia. "De tal modo, dice el recurrente, el Tribunal incurrió en claro error de derecho al atribuir todo el mérito probatorio precisamente al dictamen pericial que había sido producido en forma ilegal y que era legalmente ineficaz".

La Corte considera: En este juicio con

el objeto de establecer el justo precio del predio vendido por Hernández a la Domínguez, en la fecha del contrato, como lo requiere el artículo 1947 del C. Civil, se practicaron durante el juicio tres avalúos periciales; uno en la primera instancia y dos en la segunda. En la primera los peritos Pedro Vicente Abadía B. y José Manuel Garrido, perito tercero, avaluaron el predio en \$ 9,900 refiriendo ese avalúo al día del contrato. En la segunda y a petición de la parte actora se practicó otro por los peritos Guillermo Valencia Saa y Luis Varona M., perito tercero, quienes avaluaron el predio a razón de \$ 160 la cuadra. El predio tiene una cabida de 66 cuadras.

Este último dictamen pericial fue pedido por la parte demandante el 19 de agosto de 1939 y tal prueba fue decretada por el Tribunal ese mismo día (fojas 1ª y 2ª del cuaderno de pruebas de la demandante en la segunda instancia). La parte demandada pidió la práctica de la misma prueba el 24 de agosto de 1939 y el 30 de esos mismos mes y año el Tribunal resolvió que por cuanto tal prueba había sido ya decretada a pedimento de la parte contraria, ambos avalúos se verificarían en un mismo acto y con intervención de los mismos peritos que los interesados designaran (fojas 2 y 3 del cuaderno de pruebas de la demandada, 2ª instancia). El apoderado de ésta pidió reposición de ese auto y el Tribunal accedió a ello en proveído de 14 de septiembre de 1939, decretando la prueba, el avalúo pericial "independiente del solicitado por la parte contraria".

El dictamen rendido por los peritos de la parte actora fue puesto en conocimiento de los interesados y no objetado, por auto de fecha 6 de diciembre de 1939.

El segundo dictamen pericial en la segunda instancia fue puesto en conocimiento de las partes por auto de 19 de octubre de 1939. Los peritos avaluaron el predio en \$ 6,500.

De lo anterior resulta que la segunda prueba de avalúo pericial, de las dos solicitadas en la segunda instancia la de

la parte demandada, fue pedida después de que había sido decretada la primera a solicitud de la parte actora y que la de ésta quedó perfeccionada primero que la de la parte demandada.

Resulta también que el Tribunal le dio todo el valor probatorio del caso a ese segundo dictamen pericial desechando los dos primeros y por eso se expresa así: "La Sala sentenciadora encuentra más ajustada a la realidad de los hechos y de las pruebas que sobre los mismos obran en el proceso la exposición pericial que los señores Francisco Echeverri R. y el doctor Francisco Aulestia D., hicieron en esa instancia".

En virtud de lo anterior, es decir, de haberse inclinado a esa prueba el Tribunal como también de no haber aceptado ninguno de los otros dos experticios, concluyó así el Tribunal:

"Faltando la comprobación por las demandantes de que el justo precio en la época del contrato de compraventa del inmueble vendido es superior en la mitad al que se estipuló en el referido contrato, tiene que llegarse a la misma conclusión a que llegó el Juez del conocimiento y confirmarse, por todos los motivos expuestos, la sentencia recurrida".

De la exposición anterior, de los fundamentos de la sentencia y teniendo en cuenta lo preceptuado por el artículo 718 del C. Judicial, el cargo que se estudia debe prosperar por cuanto el Tribunal fundó su sentencia en la estimación de una prueba que no tenía eficacia legal, toda vez que fue producida en contra de una disposición clara y expresa. La razón o el principio en que se funda el precitado artículo 718 es el siguiente: La prueba pericial es una prueba común, que no puede producirse sino con intervención de ambas partes aun cuando sea una sola la que la pida y siendo esto así cuando tal prueba se ha decretado, es inoficiosa la práctica de otra igual por cuanto equivale a repetirse lo que ya está decretado y hasta consumado. Sólo cuando esa prueba resulta fallida dentro del mismo juicio por haber prosperado alguna

objección contra el dictamen pericial, puede repetirse como lo preceptúa el artículo 719 del C. Judicial, pero en ese caso la repetición se hace, en el concepto, sobre la base y sobre la realidad de que la primera prueba no existe, lo cual es claro porque el experticio sólo queda legalmente producido cuando el dictamen pericial ha sido puesto en conocimiento de las partes y no ha sido objetado o no han prosperado las tachas propuestas contra él.

Habiendo la Corte encontrado fundada una de las causales alegadas, no es el caso de acuerdo con el artículo 538 del C. Judicial de estudiar las demás, y es lo pertinente dictar la correspondiente sentencia de instancia.

La prueba adecuada para un avalúo es ciertamente el dictamen pericial y la parte actora a quien incumbe la demostración de cual era el valor del predio vendido recurrió a esa prueba y la produjo en ambas instancias, con intervención, como es obvio, de la contraparte.

En la primera instancia los peritos Pedro Vicente Abadía B. y José M. Garrido avaluaron dicho predio en \$ 9,900 moneda corriente y refirieron ese avalúo al 18 de abril de 1938, día del contrato entre Hernández y la Domínguez. El perito Abadía fundó su dictamen en el conocimiento que tiene del predio ya mencionado y de las tierras aledañas, en que el precio del terreno en la región de Guabas nunca ha bajado de \$ 150.00 la cuadra, fluctuando siempre entre éste y \$ 200.00; "de tal suerte, dice, que de mi parte, fijo como precio fijo del terreno en mención la suma de ciento cincuenta pesos moneda legal por plaza el día 18 de abril de 1938, dando así un total o sea su cabida de 66 plazas la suma de nueve mil novecientos pesos moneda legal, valor por el cual se vende al contado en primera oferta a cualquier persona ganadera o cultivadora de arroz. Y que yo mismo estoy listo a ofrecer para una compra efectiva en caso de que cualquiera que sea su poseedor, quisiera venderla". Este pe-

rito parte de la base de que la finca está destinada para ganado únicamente.

El perito José M. Garrido adhirió al concepto del perito Abadía y da las razones de su adhesión en esta forma:

“Terrenos como el inspeccionado y todos los de la región de Guabas Abajo u Olaya en donde está ubicado el que me vengo refiriendo, a pesar de que se diga que son indivisos, nunca han tenido un precio menor de \$ 150 oro por plaza y aunque bien es cierto que el de que se habla no tiene aguas propias, ello no lo desvaloriza, pues, es muy fácil dotarlo de tal elemento para que en rigurosos veranos no carezca de él, única época en que ello sucede, por negligencia de sus dueños que no han sabido apreciarlo para explotarlo en debida forma, seguramente por carencia de recursos. Como conocedor, pues, del mencionado terreno desde mi niñez y siendo nativo de este municipio y donde está ubicado y he sido agricultor en terrenos propios que aún poseo, es mi concepto como el del perito señor Abadía Becerra, que el terreno materia de la inspección y que dejo delimitado, el cual es apto para la ganadería y cultivo de arroz, el día 18 de abril de 1938, en que aparece que el señor Aquileo Hernández lo dio en venta a la señora Hersilia Domínguez, su precio común y corriente, era el de ciento cincuenta pesos oro la plaza, que considerada su cabida en sesenta y seis plazas como lo anota la escritura de venta, le da un valor total de nueve mil novecientos pesos moneda legal, precio mejorado hoy en día que tales terrenos han adquirido un valor hasta de doscientos pesos por plaza, según recientes negociaciones de otros de la misma región que son explotados en el cultivo de arroz, una de las mejores industrias del país en la actualidad”.

Este perito lo mismo que Abadía parte de la base de que el predio está destinado para la ganadería y además hace hincapié en la fertilidad del terreno, casi en su totalidad cultivado de pasto común, propicio para la ganadería y el cultivo de arroz y capaz para mantener cien

cabezas de ganado, puesto que en la región de Guabas, una de las mejores del municipio, “puede el pasto común perfectamente con dos cabezas de ganado por plaza”. Agrega además: “La propiedad en cuestión no solamente ahora se encuentra en perfecto estado de limpieza y debidamente cercada por todos sus costados, sino también desde en vida de su anterior dueño, señor Aquileo Hernández, quien siempre la explotó”.

La Corte entra a considerar el anterior experticio, enfocándolo sobre el artículo 721 del C. Judicial que es el pertinente y no desde el 723 de la misma obra, como parece lo hizo el Tribunal y en lo cual hay un error, puesto que el caso contemplado por esta última norma es bien distinto de la que se refiere la primeramente citada.

Si es cierto que según el artículo 721 cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba, también lo es que dicha norma no es de aplicación mecánica ni obliga fatalmente al juzgador, puesto que éste queda en libertad para apreciar la fundamentación que hayan dado los expertos a su dictamen y entonces si tal fundamentación es acertada y exacta, el experticio tiene el carácter de plena prueba. Es pertinente reproducir en este fallo parte de la doctrina al respecto expuesta en sentencia de 9 de mayo de 1938 (Gaceta Judicial Tomo XLVI, N° 1935, páginas 421 y siguientes):

“Es la natural imposibilidad de que el Juez posea conocimientos universales y en cantidad y calidad adecuadas sobre las múltiples materias, algunas de gran complejidad técnica, que se someten a su decisión jurisdiccional el verdadero fundamento filosófico y jurídico de la institución de la prueba de peritos, mediante la cual el sentenciador alumbra sus decisiones y juicios con el examen y concepto que personas técnicas realizan sobre determinadas cuestiones de hecho que requieren la sistematización de conocimientos espe-

ciales para su comprensión y dominio. El perito es, pues, un auxiliar técnico del juez. Sus conclusiones o dictamen, de acuerdo con la naturaleza sui generis de sus funciones, y como lo tiene consagrado la doctrina jurídica universal, constituyen datos o elementos de juicio aprovechables por el funcionario del poder judicial en la medida que encuentre aceptables los fundamentos en que se apoyen las conclusiones a que lleguen, fundamentos que en todo caso deben expresarse con precisión, exactitud y claridad (artículo 716 del C. J.)". No obstante estar llamados los peritos —dice Dellepiane— a suplir o completar los conocimientos del juez, ilustrándolo sobre cuestiones de hecho que requieren saber especial, su opinión no liga imperativamente al magistrado, ni lo dispensa del deber crítico....". Pero la propia esencia de esta prueba, que busca completar la capacidad intelectual del juzgador para su función jurisdiccional, señala por sí misma el radio de apreciación judicial de su mérito o fuerza de convicción que será más o menos grande en relación, a más de las condiciones y calidades personales del experto, con el mayor o menor grado de tecnicismo o especialización científica o artística que distinga el punto concreto sometido a dictamen y que de esta manera resulte más o menos lejano o extraño a la órbita ordinaria y normal en que se muevan los conocimientos de un juez. Casos habrá naturalmente en que el sentenciador ha de acoger como fuente de certidumbre completa los conceptos o afirmaciones perentorias que unánimemente le presenten dos peritos como consecuencias indudables sacados a base de sus conocimientos especiales, de hechos sujetos a los sentidos, por no estar en capacidad de asumir el papel de técnico en materias totalmente extrañas a su formación de jurista; pero al lado de estas ocurrencias colocadas por su tecnicismo riguroso más allá de las posibilidades críticas del juez, hay casos como el de autos, que no tienen características exigentes de especialización intelectual o de técnica que los cierre al buen

criterio y a la prudente apreciación del juzgador, que es a quien en definitiva corresponde determinar el alcance, importancia y fe que merezca el dictamen pericial en cada caso concreto. "Un juez culto, inteligente y sabio —como dice Stoppato— no es presumible siquiera que pueda negar lo que está lógica y científicamente demostrado, o rechace lo que ha sido inevitablemente aceptado, substrayéndose arbitrariamente a los resultados inequívocos que necesariamente proceden de hechos determinados...."

Teniendo en cuenta todo lo hasta aquí expuesto, la Corte concluye que el dictamen de los peritos de la primera instancia está respaldado por lo que consta en autos y en manera alguna ha sido infirmado o desvirtuado por ningún otro elemento probatorio. En otros términos: los fundamentos del experticio están apoyados y corroborados con otros elementos probatorios.

En primer término el dictamen pericial de los señores Guillermo Valencia Saa y Luis Barona M., rendido en segunda instancia, no objetado, corrobora los fundamentos y las razones de los peritos de primera instancia y aun cuando fijan aquellos un precio un poco más elevado al predio mencionado, las razones son las mismas que las aducidas por peritos de la primera instancia. En realidad existen dos pruebas periciales, producidas con todas las formalidades legales, cuyos fundamentos son idénticos y cuya conclusión es casi la misma.

En segundo término la cabida del predio no ha sido infirmada con éxito y el cálculo sobre el valor de la finca fue hecho sobre el número de plazas. Además, se estableció en las dos inspecciones oculares practicadas en el juicio que el predio está cultivado con pastos y sostiene ganado, base esta que tuvieron en cuenta los peritos. A estos no se les ocultó que en ciertas épocas, en los fuertes veranos, el predio puede quedar escaso de aguas y esa circunstancia la tuvieron en cuenta para dar su avalúo. No se les ocultó tampoco que la finca es apropiada para el

cultivo del arroz, pero en su dictamen partieron del hecho de que el predio tiene pastos para la ganadería. De modo que las declaraciones de la contraparte no desvirtúan lo aseverado por las demandantes por cuanto esas declaraciones, que son más bien conceptos, están fundadas en el supuesto de que se trata de un predio destinado para cultivos de arroz y que es escaso de aguas. Pero ya se vio que los peritos tuvieron en cuenta estas circunstancias y lo avaluaron, sobre el hecho, se repite, que los cultivos de pasto, de los ganados que apacienta, de la fertilidad de la tierra y de la escasez de aguas en los veranos fuertes.

A juicio de la Corte las citadas declaraciones no minoran los fundamentos del dictamen pericial.

Examinados por lo tanto los elementos probatorios de la parte actora, a quien incumbe la carga de la prueba, la Corte acoge el dictamen de la primera instancia, de donde resulta que la acción de lesión enorme incoada tiene que prosperar al tenor de lo dispuesto en los artículos 1496 y 1497 del Código Civil, por cuanto el precio que recibió el vendedor Aquileo Hernández de Hersilia Domínguez, por la venta del predio ya dicho es inferior a la mitad del justo precio que tenía en la época del contrato. En efecto: la venta fue hecha por \$ 1.000 y según el dictamen pericial que acoge la Corte, el día del contrato el predio valía \$ 9.900 moneda corriente.

Decretada la rescisión que se ha impletrado, la compradora Hersilia Domínguez, queda con el derecho opcional que le reconoce el artículo 1948 del Código Civil o sea que puede consentir en la rescisión u oponerse a ella completando el justo precio del predio que compró con la deducción de una décima parte.

En cuanto a los frutos, si opta por la rescisión, los deberá desde la fecha de la demanda y no es otro sino el fijado por los peritos cuyo dictamen se ha acogido en este fallo, dados los fundamentos en que se apoya, o sea, la suma de sesenta pesos mensuales (\$60).

Si no opta la compradora por completar el precio, es claro que tiene derecho a que la parte demandante le devuelva el dinero precio de la compra y sus intereses legales desde el día de la demanda hasta el del pago.

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 FALLA así éste pleito:

1º Declárase rescindido, por lesión enorme sufrida por el vendedor, el contrato de compraventa celebrado entré Aquileo Hernández, vendedor, y Hersilia Domínguez, compradora, que consta en la escritura pública número treinta y uno (31) de diez y ocho de abril (18) de mil novecientos treinta y ocho (1938) de la Notaría de Guacarí.

2º La compradora podrá a su arbitrio, consentir en la rescisión decretada o evitarla, completando en este caso la suma de nueve mil novecientos pesos (\$9.900) moneda corriente, descontando de ésta la de cuatro mil pesos (\$4.000) que pagó por el predio y deduciendo una décima parte del valor total fijado al predio por los peritos cuyo dictamen acogió la Corte en este fallo. En tal virtud la compradora y demandada Hersilia Domínguez podrá evitar la acción rescisoria pagando a la sucesión de Aquileo Hernández representada por las demandantes Carmen y Trinidad Hernández la suma de cuatro mil novecientos diez pesos (\$4.910) moneda corriente y se le fija el plazo de sesenta días contados desde la ejecutoria del auto de obediencia y cumplimiento que debe dictar el juez a quo en cumplimiento de esta sentencia, para hacer dicho pago.

3º La demandada compradora deberá pagar a la sucesión prenombrada, representada por las demandantes, como fruto de la cosa, la suma de sesenta pesos (\$60) mensuales desde el día de la demanda, o sea desde el veinticuatro (24) de enero de mil novecientos treinta y nueve (1939)

hasta el día del pago, pero siempre que consienta en la acción rescisoria.

4º La sucesión dicha de Aquileo Hernández representada por las demandantes Carmen y Trinidad Hernández, deberá devolver a la demandada Hersilia Domínguez, siempre que ésta consienta en la rescisión del contrato, la suma de cuatro mil pesos (\$ 4.000) moneda corriente más los intereses legales de ésta cantidad, desde el día de la demanda, veinticuatro (24) de enero de mil novecientos treinta y nueve (1939), hasta el día del pago.

5º Si la demandada consiente en la acción rescisoria y no hace el pago del completo del precio en los términos y dentro del plazo fijados en ésta sentencia, devolverá el predio materia del contrato, y

por sus linderos a dicha sucesión representada por las demandantes.

6º Por el juez a quo y en la oportunidad del caso se librarán los oficios respectivos al notario y registrador correspondientes.

7º No se accede a decretar las demás peticiones de la demanda subsidiaria.

No hay costas ni en el juicio ni en el recurso.

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

Isaías Cepeda — José Miguel Arango — Liborio Escallón — Ricardo Himes-trosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro Rincón, Srio. en ppdad.

CESION DE CREDITOS.

De acuerdo con los artículos 33 de la Ley 57 de 1887, 761, 1960 y 1961 del C. C., la cesión de los créditos nominativos, que es la tradición por medio de la cual el titular del derecho personal lo transfiere al cesionario que pasa a ocupar el lugar del acreedor en virtud de una convención celebrada entre ellos, se cumple y perfecciona por efecto de la entrega del título justificativo del crédito que llevará anotado el traspaso del derecho con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente. Realizada la entrega del título en la forma dicha queda radicado el crédito en manos del cesionario, y de este modo termina la primera etapa de la cesión que se desarrolla entre cedente y cesionario; pero como toda cesión de derecho personal se refiere también al deudor de la obligación, sujeto pasivo del derecho cedido, en relación con éste se cumple la segunda etapa del fenómeno, que tiende a vincular al deudor con la cesión dándole conocimiento de que la persona del acreedor ha cambiado, lo cual se obtiene con la notificación de la cesión o con la aceptación que él haga de ella, cosas éstas que no afectan la validez de la tradición entre cedente y cesionario. De modo, pues, que mientras no sobrevenga la notificación de la cesión al deudor o la aceptación expresa o tácita de éste, sólo puede considerarse al cesionario dueño del derecho personal respecto del cedente, pero no respecto del deudor y de terceros.

ción Civil — Bogotá, siete de mayo de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca).

Extractándolos de los hechos fundamentales de la demanda, este pleito se ha originado en los antecedentes que en seguida se enuncian:

Por medio de la escritura pública número 1074, otorgada el 3 de octubre de 1932 en la Notaría 5ª de Bogotá, Roberto Tobón vendió a Benjamín Tobón, por la suma de \$ 6.000, una casa-quinta, situada en Santa Ana, barrio de San Cristóbal de esta ciudad, marcada con el número 11 y alinderada como allí se dice.

Por el valor del precio estipulado, a pesar de que en el instrumento se dijo haberse pagado, el comprador suscribió a favor del vendedor un documento privado en que se declaraba deudor por esa suma.

Pendiente el pago de esta obligación, a iniciativa de Benjamín Tobón, convinieron acreedor y deudor y la esposa de este un arreglo conforme al cual Roberto Tobón haría cesión de su crédito contra Benjamín, proveniente del precio de la casa-quinta, a favor de la esposa del deudor Paulina Alvarez de Tobón, obligándose a éste a pagarle a Roberto durante su vida y en concepto de intereses de los \$ 6.000 la cantidad de \$ 25 mensuales.

En esta forma el documento privado a que se ha hecho referencia fue a poder de la señora Alvarez de Tobón, por intermedio de su esposo, con la correspondiente nota de cesión, "negándose luego (Benjamín) a cumplir lo prometido para conseguirlo".

En estas condiciones, afirmado Roberto Tobón que esta cesión del crédito "no

implica sino una comisión de cobro, pues no se hizo por valor recibido ni ésto era posible sin que el deudor le otorgara una constancia de deuda escrita que equivaliera a una novación de la obligación, tal como lo propuso y lo ofreció", por medio del libelo fechado el 22 de marzo de 1938, repartido al Juzgado 2º de este Circuito, demandó a Benjamín Tobón para que se le condene a pagarle los \$ 6.000 con sus intereses legales a partir de la fecha de la escritura de venta de la casa-quinta número 11 de la calle 11 sur de esta ciudad, más las costas a que diere lugar este juicio.

Agotado el procedimiento de la primera instancia, el Juzgado del Circuito profirió sentencia definitiva el 2 de marzo de 1939, absolutoria del demandado por haber encontrado establecida la excepción de novación de la obligación demandada, y condenatoria del actor por el valor de las costas.

Sentencia acusada

El Tribunal de Bogotá confirmó lo decidido por el Juzgado del Circuito, en sentencia fechada el cuatro de junio de 1940, con la cual finalizó la segunda instancia del juicio a que dio lugar la apelación interpuesta por la parte actora.

Esta sentencia, acusada por el demandante en el recurso de casación que hoy se decide, es una breve pieza de fundamentación muy sencilla. Se reduce, en síntesis, partiendo de la plena comprobación de que el precio de la venta constante en la escritura número 1074 no se hizo en dinero de contado sino que por él se firmó el documento privado de que se ha hablado, a reconocer el hecho de que este crédito fue cedido legalmente por el acreedor Roberto Tobón a Paulina Alvarez de Tobón y notificada la cesión al deudor Benjamín Tobón, por lo cual, no siendo ya el demandante dueño del crédito, carece de acción para cobrarlo. Acepta también el Tribunal, como lo hizo el Juzgado del Circuito, que entre las partes se verificó la novación que define el numeral

1º del artículo 1690 del C. C., pero la base en que hace reposar la absolución del demandado, como ya se dijo, es la cesión que el acreedor hizo de su crédito en virtud del arreglo a que se refieren los hechos fundamentales de la demanda.

El recurso

Se acusa la sentencia con apoyo en el primero de los motivos del artículo 520 del C. J., por infracción directa de la ley sustantiva y como consecuencia de errores en la apreciación de las pruebas, y se señalan como textos violados los artículos 1602, 1603, 1605, 1608, 1609, 1625, 1627, 1757, 1761, 1762, 1763, 1765 del C. C. y 33 de la Ley 57 de 1887.

Hace consistir el recurrente estas violaciones legales en que el Tribunal le dio realidad jurídica a la cesión del crédito de Roberto Tobón a Paulina Alvarez de Tobón y sobre ella negó la acción del demandante y dedujo una novación entre actor y demandado, cuando legalmente no es posible decir que el crédito saliera del patrimonio de Roberto Tobón a pesar de la nota de cesión porque el instrumento no fue entregado a la pretendida cesionaria sino que se hallaba en poder de su esposo Benjamín Tobón, y porque lo que el Tribunal considera como notificación de la cesión al deudor no reúne las condiciones legales de tal, fuera de que no habiéndosele entregado el documento a la cesionaria, no había en realidad ninguna cesión que notificar. La violación legal indirecta la hace provenir el recurrente del error de hecho en que incurrió el sentenciador al apreciar las cartas de 6 y 16 de abril de 1934 y 1937, respectivamente, escritas por el demandado al actor, y traídas a los autos por éste en forma legal.

Se consideran los cargos.

De acuerdo con la disposición de los artículos 33 de la Ley 57 de 1887, 761, 1960 y 1961 del C. C., la cesión de los créditos nominativos, que es la tradición por medio de la cual el titular del derecho personal lo transfiere al cesionario que pasa a ocupar el lugar del acreedor

en virtud de una convención celebrada entre ellos, se cumple y perfecciona por efecto de la entrega del título justificativo del crédito que llevará anotado el traspaso del derecho con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente. Realizada la entrega del título en la forma dicha, queda radicado el crédito en manos del cesionario, y de este modo termina la primera etapa de la cesión, que se desarrolla entre el cedente y el cesionario; pero como toda cesión de derecho personal se refiere también al deudor de la obligación, sujeto pasivo del derecho cedido, en relación con éste se cumple la segunda etapa del fenómeno, que tiende a vincular al deudor con la cesión dándole conocimiento de que la persona del acreedor ha cambiado, lo cual se obtiene con la notificación de la cesión o con la aceptación que él haga de ella, cosas estas que no afectan la validez de la tradición entre cedente y cesionario. De modo, pues, que mientras no sobrevenga la notificación de la cesión al deudor o la aceptación expresa o tácita de éste, sólo puede considerarse al cesionario dueño del derecho personal respecto del cedente, pero no respecto del deudor y de terceros.

El crédito de que aquí se trata, perteneciente a Roberto Tobón y a cargo de Benjamín del mismo apellido, originado en el contrato de compraventa celebrado entre ellos, de que da cuenta la escritura pública número 1074 del 3 de octubre de 1932, por concepto de precio, aparece que fue legalmente cedido por el acreedor a Paulina Alvarez de Tobón, según las constancias procesales al respecto, utilizadas por el Tribunal para asentar las conclusiones a que llegó en su sentencia.

En carta escrita por el demandado a Roberto Tobón, fechada en esta ciudad el 6 de abril de 1934, traída como prueba al juicio por el actor, se lee el siguiente pasaje, transcrito en la demanda como uno de los hechos fundamentales de la acción: "En días pasados, y por repetidas veces, le ofreció usted en forma expon-

tánea y formal, a Paulinita, endosarle el documento que yo firmé en días pasados a Ud. por el valor de la quinta N° 11 de la calle 11 sur de esta ciudad. Más tarde tratamos ella y yo con Ud. este mismo asunto en su apartamento del Hotel Imperial y Ud. nos confirmó esto mismo, agregando que Ud. arreglaría las cosas en tal forma que al faltar Ud. yo nada le quedaría debiendo por el expresado documento, y que Ud. lo endosaría a favor de Paulinita... Por qué no definimos de una vez este asunto y usted le entrega ese documento a Paulinita y yo le firmo a usted una obligación en la cual quede constancia expresa y clara de que yo me obligo a pagarle a usted durante todo el tiempo que usted viva, la suma de \$ 25.00 mensuales, por concepto bien de intereses o de arrendamientos de la nombrada quinta...."

"Con la reiterada insistencia del demandado —dice el demandante en el hecho sexto de su libelo— logró llevar a su poder el documento con una nota de cesión en favor de su esposa señora Paulina Alvarez de Tobón, negándose luego a cumplir lo prometido para conseguirlo".

"El documento que usted cedió a la señora mía — le dice Benjamín Tobón al demandante en carta del 16 de abril de 1937, también aducida como prueba por el actor — me lo reclamó ella hace dos días. Yo lo tenía dentro de mis papeles y lo tenía allí como quien guarda cualquier comprobante o cualquier documento. Sin la menor objeción y sin ninguna dificultad abrí mi legajador, lo saqué y se lo entregué. Una vez ese documento en poder de ella me dijo: "ese documento es mío y usted me lo tiene que pagar a mí, y tan mío será que aquí lo tengo y se lo cobraré". La intención de ella es cobrarme ese documento con todos sus intereses y ya verá usted hasta dónde se me irá esa deuda ahora en la liquidación definitiva que tengo que hacer con ella, de todo, por todo y para siempre....."

En la demanda de casación, como a lo largo de todo el pleito, no se ha controvertido sobre la verdad de que Roberto

Tobón, titular del crédito de que se trata, escribió la nota de cesión de ese derecho a favor de Paulina Alvarez de Tobón en el correspondiente instrumento privado, que fue a manos de Benjamín Tobón, esposo de la cesionaria, y que tal documento está en poder de ella que lo ha reclamado como dueña. La certidumbre de estos hechos reposa sobre las declaraciones confesionales de que da cuenta el proceso.

El ataque que contra la sentencia se formula por haber reconocido la realidad jurídica de la cesión se hace consistir en que no resulta que el cedente Roberto Tobón hubiera entregado personalmente a la cesionaria Alvarez de Tobón como lo exige indispensablemente la ley el título del crédito, que aparece en manos de Benjamín Tobón. Pero este cargo resulta insignificante a la luz de los hechos antecedentes de la cesión, en que, según las propias afirmaciones del actor, intervinieron Benjamín Tobón y su esposa para convenir con él en un arreglo sobre la deuda proveniente del precio de la quinta vendida en la escritura N° 1074 y conforme al cual Roberto Tobón haría, como lo hizo, cesión del crédito en favor de la esposa de su deudor. Fue en cumplimiento de este acuerdo como el acreedor hizo entrega del documento con la correspondiente nota de cesión a favor y con destino naturalmente a la cesionaria, a cuyo poder llegó, como lo afirma el mismo recurrente, aunque agregando que luego Benjamín Tobón se ha negado a cumplir lo prometido en el convenio en cuya virtud él verificó la cesión de su crédito. Con estos precedentes, la posesión del documento en manos de la cesionaria con la anotación del traspaso bajo la firma del cedente, hechos éstos incuestionables e incuestionados, constituyen la prueba perfecta de que la cesión del crédito se consumó en la forma legal.

Radicado el crédito en el patrimonio de la cesionaria por efecto de la tradición a que se ha hecho referencia, el punto de vista de la sentencia que le negó la

acción de cobro al actor por no ser dueño del derecho personal, tiene ya fundamento jurídico puesto que perfeccionada la cesión entre cedente y cesionario, éste debe considerarse dueño del derecho cedido respecto del cedente. Pero el Tribunal consideró, además, que la cesión que Roberto Tobón le hizo a la señora Paulina Alvarez de Tobón le fue notificada por ella a su esposo deudor en el diálogo conyugal que se copió de la carta del 16 de abril de 1937, con lo cual quedó completamente desposeído el demandante de la propiedad del crédito cedido y consiguientemente de la acción para su cobro. Y aunque en rigor no pueda considerarse tal advertencia como la notificación legal de la cesión, es indudable que el deudor Benjamín Tobón quedó vinculado también con la cesión en virtud de la aceptación que ha hecho del cambio de acreedor y de que es expresivo el hecho de haber adelantado gestiones para el arreglo de esta obligación con la cesionaria del crédito. En la carta últimamente citada, dice, en efecto, el deudor a este respecto: "El documento fue tratado y arreglado con el doctor Serna y se hizo una liquidación definitiva de la sociedad conyugal, sacando un saldo grande a mi cargo, saldo que yo declaraba que lo aceptaba y que ella aceptó también una liquidación definitiva de todo. Pero ella ahora me dice que ese documento no entró en los arreglos, que yo se lo debo con todos sus intereses y que veremos si se lo pago o nó....."

Ahora le ha escrito don Alfredo Alvarez una carta a Paulinita y le dice que el documento cedido por usted a ella no entró en los arreglos, que yo no reconocí ni un solo centavo y que esto mismo se lo dijo él a usted en conversación que tuvieron ustedes en Manizales. Yo creo que sí entró, pero sea porque entró o porque no entró ya estoy amenazado por esta señora de que se lo tendré que pagar con intereses. Yo deseo que haya alguna intervención de su parte para que me ayude a ver si es posible que en la liqui-

dación que voy a hacer con esta señora se me haga una rebaja y firmarle una obligación por lo que le voy a quedar debiendo.....”

Perfeccionada así la cesión del crédito y probada plenamente en el juicio, la carencia de derecho por parte del actor, en que el Tribunal apoya principalmente su sentencia, es una clara consecuencia jurídica del cambio de acreedor, y un fundamento bastante para sostener el fallo acusado. La falta de cumplimiento o el cumplimiento imperfecto que se le haya dado a la convención acordada entre Roberto y Benjamín Tobón y la esposa de éste, que sirvió de título a la cesión del crédito que el primero hizo a la última, es cuestión no debatida en este pleito y que excede, en consecuencia, la jurisdicción del recurso de casación. Este juicio se inició en ejercicio de la acción que corresponde al vendedor contra su comprador para el pago del precio de la cosa vendida, y se llegó a la absolución del demandado porque se demostró plenamente que el actor ya no era dueño del derecho que cobraba por haberlo cedido en forma que

debe producir sus efectos legales. Ofreciendo este razonamiento base suficiente para respetar el fallo acusado sin fundamento de violación legal, resulta superfluo el estudio de otras fases del problema que no pueden considerarse sub iudice.

Por tanto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 4 de junio de 1940, que ha sido materia de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

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

Isaías Cepeda — José Miguel Arango—
 Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa
 Daza — Fulgencio Lequerica Vélez —
 Hernán Salamanca — Pedro León Rincón,
 Srio. en ppd.

controversia entre los particulares, que no pudiendo resolver éstos hace menester el imperio de la decisión judicial, toda vez que una de las partes no puede erigirse en juzgadora de la contraria.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, mayo diez y nueve de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón)

Los antecedentes que han dado lugar a este litigio son estos:

Daniel E. Peña le vendió a José Vega un lote de mercancías y el comprador por esta causa le otorgó un pagaré por la suma de \$ 1.774.82, el 6 de julio de 1930. Ese crédito fue cedido por Peña a Roberto Morales el 3 de octubre de este año y con ese título Morales entabló juicio ejecutivo contra Vega ante el Juez 2º de Circuito de Bogotá el 7 del precitado mes de octubre. El apoderado del ejecutante denunció para el pago, como de propiedad del ejecutado, las mercancías que se encontraban dentro del almacén marcado con el número 168 de la carrera 11 de esta ciudad y los hizo secuestrar el 24 de noviembre de 1930 en poder del señor Francisco A. Ruiz, quien las trasladó a un depósito, en donde permanecieron guardadas hasta el 16 de septiembre de 1935, fecha en que, al ir a hacerle entrega de ellas al nuevo secuestro, se encontraron completamente dañadas, en forma que los peritos conceptuaron que ya no tenían ningún valor comercial. Al verificarse el primer secuestro habían sido avalladas en la suma de \$ 2.613.06.

Por escritura pública 463 de 20 de septiembre de 1930 de la Notaría de Chocontá, registrada en Bogotá el 22 de noviembre del mismo año, José Vega había vendido a Cristóbal Villamil las mercancías.

Al practicarse el primer secuestro se encontraba al frente del almacén el señor José Vega y no aparece que hubiera hecho ninguna oposición ni hubiera mani-

festado que no era el dueño de las mercancías; pero dos días después Cristóbal Villamil se presentó al juicio con la escritura mencionada y entabló la correspondiente articulación de desembargo que le fue fallada desfavorablemente.

En vista de esto el apoderado de Villamil entabló tercería excluyente de conformidad con el Código Judicial anterior y le prosperó su demanda en primera y segunda instancia.

Durante la tramitación de la tercería Roberto Morales cedió el crédito a Daniel Peña, con quien continuó el juicio.

Habiendo muerto Villamil, la esposa de éste, Lucía Bailén y su hijo Luis Alfonso Villamil B. entablaron el presente juicio ordinario ante el Juez 5º del Circuito de Bogotá para que se condenara a los señores Roberto Morales y Daniel E. Peña a pagar a la sociedad conyugal que existió entre Cristóbal y Lucía, los perjuicios correspondientes por haber hecho embargar y secuestrar las mercancías, sin ser de propiedad del ejecutado sino del señor Villamil y por haberse dañado completamente tales mercaderías y haber perdido su valor comercial a consecuencia del embargo y el secuestro.

Sentencia de primera y segunda instancia

El Juez del conocimiento en fallo de 1º de febrero de 1939 absolvió a los demandados y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, lo confirmó en sentencia de 26 de julio de 1940.

Recurrió en casación el apoderado de la parte actora y el recurso pasa a decidirse hoy.

Los fundamentos de la sentencia acusada son estos: Sobre la base plenamente establecida del deterioro absoluto de las mercancías depositadas y de la existencia del perjuicio cierto causado a Villamil, el Tribunal sostiene, a la luz de los elementos probatorios que obran en autos, que ni Morales ni Peña incurrieron en culpa y al respecto dice lo siguiente, acogiendo en parte las razones del juzgador de la primera instancia: "No puede exigirsele a un acreedor que va a demandar a un

ACCION SOBRE PAGO DE PERJUICIOS.—ABUSO DEL DERECHO.

1.—La teoría sobre abuso del derecho tiene por base la consideración de que el derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social y sobre base de justicia, o sea, sin traspasar los límites de la moral. Cuando el Estado crea los organismos adecuados para la administración de justicia parte del principio de que cuando ésta se demanda es porque quien la impetra está asistido por una intención sana y un interés serio o legítimo. Sobre estos conceptos ha planteado teóricamente apenas, si el uso de un derecho dentro de normalidad objetiva pero sin fin lícito o con fin malicioso, podrá y deberá ser protegido por el derecho objetivo, problema que se trata de resolver con la doctrina mencionada, cuya causa determinante se ha pretendido fijar con dos criterios: el primero, que la basa sobre la apreciación de la intención de perjudicar al ejercer el derecho. Los defensores de este aspecto de la doctrina se colocan en un plano puramente subjetivo, juzgando abusivo el ejercicio del derecho cuando el móvil del agente se reduce a la intención de hacer daño. El segundo criterio lo hace fundar en la falta de interés serio y legítimo, o sea, apartamiento del fin económico y social, en un ejercicio anormal del derecho. Sus partidarios consideran ilícito el acto realizado sin interés importante y genuino por parte del actuante, y cuyo efecto sólo puede ser el perjudicar a otros. Estas dos tendencias han sido conciliadas por otros autores, quienes, reuniéndolas en una sola teoría, consideran que para que exista el abuso del derecho es preciso intención de dañar y de un fin útil. La Corte ha reconocido la existencia de la acción sobre abuso del derecho y la ha deducido de ciertas normas legales, y en el concepto evidente de que el derecho sólo puede existir para sa-

tisfacer necesidades justas, legítimas y racionales y teniendo en cuenta que nadie puede tener una facultad emanada de la norma del derecho objetivo, cuya finalidad no sólo sea estéril para el bien propio, sino dañosa para los demás o para el fin social, la ha consagrado jurisprudencialmente en los últimos años, aun cuando ya en una sentencia de 1899, sin nombrar esa figura, se aceptaron algunas de sus consecuencias. Después del fallo de casación de 30 de octubre de 1935 el legislador consagró expresamente esa teoría como norma de interpretación, aunque como es obvio, sin determinar sus características esenciales ni inclinarse hacia ninguno de los fundamentos que la sustentan y sobre lo cual disputan los autores. La culpa es el elemento determinante de esta teoría y en la cual incurre el demandante por intención dañada de perjudicar o por no ser su interés serio y legítimo, esto es, por error de conducta, en el cual los hermanos Mazeaud hacen consistir la noción de culpa cuando dicen: "Es un error de conducta, tal como no lo habría cometido una persona avisada, situada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño". — 2.—No siempre que se intenta un pleito y el actor no triunfa, como sucede con frecuencia, puede decirse que hay abuso del derecho, porque si es evidente que el artículo 194 del C. J. está condicionado a que el ejercicio de la acción incoada sea serio y recto, también lo es que reemplazando en toda sociedad civilizada el derecho a la fuerza, está atribuido a los jueces dar a cada uno lo que le corresponde, según las normas legales y las diferencias entre los particulares se someten a la decisión de la autoridad competente, por cuanto es la diversidad de conceptos, los diferentes aspectos de una cuestión, las diferentes pruebas, las que suscitan la

deudor para el pago de su crédito y que intenta perseguir bienes muebles de éste, que se dirija a ese mismo deudor que está en posesión de ellos, para averiguarle si son o no de su propiedad, única manera de poderse cerciorar de quién sea su verdadero dueño; distinto sería si se tratara de perseguir bienes inmuebles, porque en este caso sí tiene una fuente de información segura como lo es la respectiva certificación del respectivo Registrador acerca de la propiedad; en relación con los muebles basta ver que su deudor los tiene en su poder para presumir que son suyos. Efectivamente, como el ejecutante Morales ejercitaba su derecho legítimo de acreedor del señor Vega, bien podía en principio, hacer embargar y depositar los bienes de éste para cubrirse de su acreencia. Esta provenía del valor de las mismas mercancías, que en época anterior habían sido vendidas y entregadas a Vega por Daniel E. Peña, cedente de Morales, por lo cual el título originario de Vega sobre esos efectos de comercio fue el de dueño exclusivo, con el cual se presentaba ante el público en este almacén número 168 de la carrera 11, en la época en que Morales inició la ejecución. La ley civil presume que quien empieza a poseer en nombre propio ha continuado esta posesión hasta el momento en que surge la controversia sobre la posesión (artículo 780 del C. Civil). Este momento lo constituyó precisamente la diligencia de secuestro, en que Vega aceptó tácitamente su condición de dueño y poseedor a nombre propio de las mercancías, dado que no invocó ante el Juez executor la posesión derivada o tenencia que le asigna el contrato de venta celebrado con Villamil. Y si la misma ley presumía que Vega era dueño de las mercancías en el momento del secuestro, con mayor razón ha de predicarse del ejecutante esa creencia sobre el dominio de los bienes muebles de su deudor, pues bien se sabe que en tratándose de estos bienes, la posesión material hace las veces de título de dominio, mientras no se demuestre lo contrario, y es ella la consagración jurídica de una

situación externa de hecho que interesa al orden social. Así, pues, la culpa del ejecutante Morales en el secuestro de las mercancías sólo podría resultar de un acto de malicia y mala fe, o al menos de un grave error de conducta suyo en estimar tales efectos como de propiedad de su deudor. Desde luego se descartan por inverosímiles las dos primeras hipótesis y porque la parte demandante ni siquiera las menciona como fundamento de su acción. Para apreciar el error de conducta que se imputa al ejecutante, interesa tener presente las circunstancias que se acaban de anotar, y además que la escritura de venta no se otorgó siquiera en esta ciudad sino en la población de Chocotá y su registro en Bogotá se llevó a efecto dos días antes de la diligencia de secuestro, todo lo cual indica que el ejecutado Vega procuró mantener en secreto ese contrato, o al menos impedir que el ejecutante lo conociera oportunamente antes de la diligencia de secuestro. . . .

. . . . En la expresada diligencia de secuestro de 24 de noviembre de 1930 el señor Juez executor hizo entrega de las mercancías que el acta detalla al secuestre señor Francisco Ruiz, quien las dio expresamente por recibidas y firmó el acta. El señor Juez no cayó en la cuenta de que debía nombrar un interventor del almacén, en lugar de un depositario, conforme lo ordenaba para tales casos el artículo 1029 del C. de Procedimiento Civil que a la sazón regía, el cual interventor hubiera asumido las obligaciones generales de depositario y las especiales de no interrumpir las ventas del almacén. Las partes no hicieron reparo alguno al secuestro en la forma como lo practicó el señor Juez executor, ni en estos autos hay constancia de que ejercitaran entonces el derecho que les otorgaba el artículo 26 de la citada ley para obtener la separación del secuestro señor Ruiz. El buen sentido descubre en esas omisiones una causa eficiente del daño o deterioro de las mercancías materia de aquel depósito, más bien que en la conducta del ejecutante. La diligencia de cambio de se-

cuestre se llevó a cabo el 16 de septiembre de 1935 o sea alrededor de cinco años después, y del acta aparece que el Juzgado se trasladó a la pieza o depósito donde se encontraban las mercancías, las examinó personalmente, halló que se encontraban casi en su totalidad en completo deterioro, e hizo entrega de ellas al nuevo secuestre señor Marco Tulio Hernández. A partir de la diligencia de secuestro el ejecutante señor Morales no tuvo intervención alguna en el juicio, ni se opuso al desembargo pedido por el señor Villamil".

Respecto de la inculpabilidad del demandado Peña el Tribunal dice lo siguiente: "Este tomó el juicio en el estado que se lleva estudiado, es decir, secuestradas las mercancías, negado el levantamiento del secuestro y presentada la demanda de tercería excluyente de ellas. Las providencias por las cuales negó el Juzgado el desembargo de las mercancías y el Tribunal confirmó el auto, tienen fecha 2 de mayo de 1931 y 10 de julio del mismo año, como ya se dijo, respectivamente; con fecha 17 de diciembre del mismo año Villamil promovió la demanda de tercería y fue admitida en auto de 19 de los mismos".

El Tribunal hace ver que la actuación de Peña a este respecto fue esta: se opuso a la admisión de la tercería porque en su concepto habiendo sido ya fallado el incidente sobre desembargo de ellas había cosa juzgada. El Juzgado no admitió esta tesis, tramitó el juicio correspondiente y lo falló el 21 de abril de 1936 declarando como de propiedad de Villamil aquéllas y ordenando su entrega a éste. Peña recurrió en apelación ante el Tribunal, quien confirmó la sentencia del inferior. "Esta actuación de Peña o de su apoderado es la que se presenta como fundamento de la responsabilidad civil que originó los perjuicios que se cobran... El Juzgado (y esto lo acepta el Tribunal y lo reproduce en su fallo), no encuentra abusivos estos actos por cuanto ellos no son opuestos a la finalidad del derecho que se estaba ejecutando; estimaba Peña

o su apoderado, que lo relacionado con el levantamiento del secuestro de las mercancías ya había sido decidido y por esta razón reclamaba la providencia que volvía a colocar el punto sub iudice; no puede calificarse de imprudente, impreviso o ligero un hecho que persigue que se mantenga una situación jurídica ya resuelta por la justicia misma y no puede deducirse responsabilidad civil por tales circunstancias porque el que ejercita su derecho con prudencia y atención no es responsable del daño que pueda causar a otro".

Advierte el fallador de segunda instancia que ha tenido en cuenta la circunstancia de que los peritos que intervinieron en la diligencia de inspección ocular el 18 de marzo de 1938, estimaron como causa principal del daño o perjuicio producido por el deterioro total de las mercancías la acción del tiempo y el hecho de no haber estado éstas debidamente guardadas.

El recurso

El recurrente invoca la primera de las causales del artículo 520 del C. Judicial y señala como violados los artículos 2341 y 2356 del C. Civil por cuanto en su concepto el Tribunal dejó de aplicarlos al caso del pleito violándolos así directamente por error de hecho evidente que aparece manifiesto en los autos y por error de derecho y desarrolla su argumentación en varios párrafos que se estudiarán separadamente.

Estudio de los cargos

Como cuestión previa cree la Corte indispensable exponer en primer término la teoría jurídica sobre abuso del derecho, sobre la cual, en definitiva, reposan el fallo acusado y la demanda de casación.

Tiene por base aquella la consideración de que el derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social y sobre bases de justicia o sea sin

traspasar los límites de la moral. Cuando el Estado crea los organismos adecuados para la administración de justicia parte del principio de que cuando ésta se demanda es porque quien la impetra está asistido por una intención sana y un interés serio o legítimo. Sobre estos conceptos, como lo ha dicho la Corte (sentencia de 6 de septiembre de 1935, Tomo XLII, números 1901-2), "se ha planteado teóricamente apenas, si el uso de un derecho, dentro de normalidad objetiva, pero sin fin lícito o con fin malicioso, podrá y deberá ser protegido por el derecho objetivo, problema que se trata de resolver con la doctrina mencionada, cuya causa determinante se ha pretendido fijar con dos criterios: el primero, que la basa sobre la apreciación de la intención de perjudicar al ejercer el derecho. Los defensores de este aspecto de la doctrina se colocan en un plano puramente objetivo, juzgando abusivo el ejercicio del derecho cuando el móvil del agente se reduce a la intención de hacer daño. El segundo criterio lo hace fundar en la falta de interés serio y legítimo, o sea apartamiento del fin económico y social, en un ejercicio anormal del derecho. Sus partidarios consideran ilícito el acto realizado sin interés importante y genuino por parte del actuante, y cuyo efecto sólo puede ser el perjudicar a otro. Estas dos tendencias han sido conciliadas por otros autores, quienes, resumiéndolas en una sola teoría, consideran que para que exista el abuso del derecho es preciso intención de dañar y de un fin útil".

La Corte ha reconocido la existencia de la acción que se estudia y la ha deducido de ciertas normas legales, y en el concepto evidente de que el derecho sólo puede existir para satisfacer necesidades justas, legítimas y racionales y teniendo en cuenta que nadie puede tener una facultad emanada de la norma del derecho objetivo, cuya finalidad no sólo sea estéril para el bien propio, sino dañosa para los demás o para el fin social, la ha consagrado jurisprudencialmente, en los últimos años, aun cuando ya en una senten-

cia de 1899, sin nombrar esa figura se aceptaron algunas de sus consecuencias. En efecto, en fallo de 30 de octubre de 1935, Tomo XLIII, *Gaceta Judicial*, números 1907-8, se expresó así esta Corporación: "La existencia de un código de procedimiento civil para regular el modo como deben ventilarse las transgresiones del derecho entre los particulares (art. 194 del mismo Código), significa que éstos pueden recurrir lícitamente a ese medio con que la sociedad ha querido sustituir el derecho a la fuerza...

...Pero el uso anormal, mal intencionado, imprudente, inconducente o, excesivo en relación con la finalidad que legalmente ofrecen esas leyes rituarias para el reconocimiento, efectividad o defensa de un derecho, degenera en abuso del derecho de litigar y en cada caso particular el Juez puede juzgar que constituyen un caso de culpa civil. En muchos casos, las mismas leyes de procedimiento erigen algunas actuaciones en culpas, y las sancionan con multas dentro del mismo proceso, como se verá en seguida. El Código Judicial al no autorizar el embargo y secuestro de bienes sino en la cantidad suficiente para seguridad del pago (art. 274, inciso 1º), al permitir la reducción del secuestro en el exceso que se compruebe (artículo 283, inciso 3º), para asegurar al verdadero dueño de los bienes el reembolso y los posibles perjuicios y ya no solamente las costas, y al sancionar la temeridad del embargo y del secuestro con una multa de diez a mil pesos (art. 1021), en todos esos casos el Código muestra claramente su intención de castigar el dolo y la culpa lata equiparada a él, lo cual no es otra cosa que la sanción del abuso del derecho de litigar, caracterizada en aquellos concretos ejemplos, con el propósito de perjudicar a otro privando al propietario por el tiempo indeterminado del ejercicio y goce de sus derechos de administrar, gozar y enajenar sus bienes, sin que con las referidas medidas judiciales haya utilidad para el ejecutante, porque no resultando ser de su deudor los bienes no conseguirá reducir-

los a dinero mediante el remate, que es la finalidad del juicio ejecutivo”.

En esa sentencia la Corte dijo además esto: “El sentido absolutorio del fallo no significa que la Corte rechace la teoría del abuso del derecho, ni que deje ver en artículos como el 8º de la Ley 153 de 1887 y 2356 del C. Civil suficiente base legal para la aplicación de tal teoría”.

Posteriormente a ese fallo el legislador consagró expresamente esa teoría como norma de interpretación, aunque como es obvio, sin determinar sus características esenciales ni inclinarse hacia ninguno de los fundamentos que la sustentan y sobre lo cual disputan los autores (art. 21 de La ley 200 de 1936 sobre régimen de tierras).

Es, pues, la culpa el elemento determinante de la teoría que se estudia, y en que incurre el demandante por intención dañada de perjudicar o por no ser su interés serio y legítimo, esto es, por error de conducta, en el cual los hermanos Mazeaud hacen consistir la noción de culpa y por eso definen ésta así: “Es un error de conducta, tal como no lo habría cometido una persona avisada, situada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño”. Mas es oportuno observar que la jurisprudencia y la doctrina no consideran ya la culpa como una noción meramente subjetiva sino también objetiva y que por lo tanto puede existir a consecuencia de hechos ejecutados sin intención de dañar. Concretando ahora el estudio a la acusación, se tiene lo siguiente:

La responsabilidad del demandado Morales y la acusación de la sentencia por no aplicación de los artículos 2341 y 2356 del C. Civil la deriva el recurrente de estas tres proposiciones: a) Por haber estimado el Tribunal sentenciador que Morales tenía pleno derecho de denunciar, hacer embargar y depositar las mercancías aludidas siendo así que en tratándose de un establecimiento comercial apenas tenía derecho para hacerlas poner bajo el cuidado de un interventor pero no para hacerlas secuestrar; b) Por ha-

ber estimado el Tribunal que una vez que el señor Morales tuvo oportunidad de cerciorarse de que las mercancías embargadas y secuestradas no eran de propiedad del ejecutante y que pertenecían a Villamil, no estaba obligado en forma alguna a desistir del embargo y secuestro, y c) porque el Tribunal incurrió en error de derecho puesto que está plenamente acreditado que Morales hizo depositar mercancías de propiedad de Villamil que no era el ejecutado y en virtud de ese depósito se dañaron y perdieron completamente, con lo cual se perjudicó Villamil.

La Corte considera: Está establecido en autos que Morales inició la ejecución contra Vega, fundado en un documento que presta mérito ejecutivo, que decretada la ejecución denunció las mercancías, que el día del secuestro el ejecutado Vega ni se opuso ni manifestó tenerlas a nombre de otro y que sólo dos días después de verificado el secuestro se presentó Villamil pidiendo el desembargo de tales bienes. El mismo recurrente conviene en esto y se expresa así: “Hasta el día de la presentación de esa escritura y del inventario aludido, al juicio, hasta ese día concedo que el señor Roberto Morales hubiera estado en la creencia y aun en el convencimiento de que las mercancías eran de propiedad del ejecutado, por todas las circunstancias anotadas por el señor juez a quo y por el Tribunal sentenciador, y que por lo mismo se le hubiera relevado de culpa, por ese aspecto, es decir, por el convencimiento en que pudiera estar de que tales mercancías no eran ajenas; pero desde ese día en adelante las cosas tomaron otro matiz completamente diferente”. De esta proposición concluye el recurrente que Morales por el solo hecho de la presentación de la escritura pública, por parte de Villamil, ha debido desistir del embargo y secuestro.

Sea que se considere la teoría del abuso del derecho a la luz de la concepción clásica e intencional, según sostiene Ripper, sea ante el aspecto de la concepción funcional proclamada por Josserand, o también por el aspecto de la anormali-

dad o el exceso en el ejercicio de una vía legal, fundamentos estos de la teoría que se estudia, es preciso llegar a la conclusión de que Morales no incidió en culpa alguna que le sea imputable al proceder como lo hizo cuando ejecutó, cuando pidió y obtuvo el embargo y secuestro de las mercancías. El dolo, la malicia o el interés de perjudicar a Villamil, están descartados del debate de modo que no es el caso de considerar el factor intencional. No queda entonces sino la falta o ausencia de un interés serio en Morales, o el error de conducta de éste al escoger la vía ejecutiva y al no desistir del embargo y secuestro una vez que Villamil presentó la escritura.

Falta de interés serio en Morales no pudo haber, desde luego que éste en una demanda que prosperó, como tenía que prosperar, se presentó como acreedor de Vega, con la plena prueba de su acreencia que no ha sido ni podía serlo rebatida en el proceso. Error de conducta en la escogencia de la vía judicial que adoptó, para hacer efectivo su crédito, tampoco puede encontrarse, porque la acción ejecutiva incoada por Morales es precisamente la establecida para el caso según los artículos 1008 del antiguo C. Judicial y 46 de la Ley 40 de 1907 y 982 del actual Código Judicial. Error de conducta en el embargo de las mercancías por ser excesivo tampoco pudo existir y basta para ver la evidencia de esta conclusión comparar el valor del crédito que se recaudaba ejecutivamente, con el avalúo dado a las mercaderías.

Pero sostiene el recurrente que la culpa, que el error de Morales consistió en no haber desistido del embargo y secuestro cuando Villamil presentó la escritura de venta que de las mercancías aludidas le había hecho Vega. A esto responde la Corte que Morales en primer término no se opuso a la petición de Villamil y en segundo que no estaba obligado al desistimiento porque habiendo quedado el extremo sobre propiedad de las mercancías sub *judice*, por actuación de Villamil, lo pertinente era aguardar la resolución ju-

dicial. De otra manera se llegaría a la conclusión inaceptable de que siempre y en todo caso que una de las partes presente en un litigio una prueba que aparentemente lo favorezca la contraparte debe desistir obligadamente del pleito. Se tendría entonces que toda litis debiera terminar no por sentencia sino por simple desistimiento, cuando uno de los interesados estimara que por haber presentado una prueba, su contraparte debía desistir de aquella so pena de incurrir en culpa. No; ni la teoría del abuso del derecho ni la de la simple culpa ni cualquiera de los fundamentos en que se basa aquella, dan asidero a semejante conclusión y es pertinente observar que en ciertos casos de culpa como a los que se refieren los artículos 2341, 2345, 2347 del C. Civil, la demostración de la culpa incumbe al actor y no se presume. Pero hay más: No siempre que se intenta un pleito y el actor no triunfa, como sucede con frecuencia, puede decirse que hay abuso del derecho, porque si es evidente que el artículo 194 del C. Judicial está condicionado a que el ejercicio de la acción incoada sea serio y recto, también lo es que reemplazando en toda sociedad civilizada el derecho a la fuerza, está atribuido a los Jueces dar a cada uno lo que le corresponde, según las normas legales y las diferencias entre los particulares, se someten a la decisión de la autoridad competente, por cuanto es la diversidad de conceptos, los diferentes aspectos de una cuestión, las diferentes pruebas, las que suscitan la controversia entre los particulares, que no pudiendo resolver éstos hace menester el imperio de la decisión judicial, toda vez que una de las partes no puede erigirse en juzgadora de la contraria.

El error de conducta, la culpa de Morales, por el extremo que se analiza, es imposible que haya existido, toda vez que el órgano judicial, primero por conducto del Juez del conocimiento y después por medio del Tribunal en vía de apelación, negó el desembargo de las mercancías solicitadas por Villamil.

El recurrente ve también culpa en el ejecutante Morales y violación de los artículos 2341 y 2356 del C. Civil por el fallo materia de la acusación, por cuanto en vez de interventor se nombró depositario. Pero a esto se observa que era al Juez a quien competía esto y que el pedimento de Morales sobre el nombramiento de depositario no ligaba al juzgador, porque un juez no está ligado en esa forma absoluta por la petición de las partes, la cual se resuelve de acuerdo con las normas legales. Ahora: el ejecutante Morales no era el único que tenía derecho para pedir el nombramiento de interventor, le correspondía en primer término a Vega que era quien estaba al frente del almacén administrándolo. Si el Juez omitió nombrar interventor en vez de depositario, como ha debido hacerlo, esa actuación no puede concretarse en forma de culpa de Morales ni menos refluir sobre éste.

Cuando Morales obtuvo el secuestro de las mercancías Vega apareció como dueño aparente de ellas y nada dijo respecto de su propiedad, ni hizo como ya se dijo, ninguna oposición al secuestro. Villamil se presentó después, entablando la correspondiente articulación de desembargo que no le prosperó, luego no pudo incurrir en error de derecho el Tribunal al sostener ausencia de toda culpa en Morales, respecto del extremo que se analiza. No puede por otra parte sostenerse, como lo cree el recurrente, que Morales hubiera cometido un acto ilegal haciendo embargar y secuestrar bienes ajenos, porque si por una parte es del caso observar que no tenía por qué saber que Vega le hubiera vendido las mercancías a Villamil, que el primero, Vega, no se opuso al secuestro, por la otra la actuación de legalidad en el procedimiento de Morales está confirmada desde luego que la articulación propuesta por Villamil sobre desembargo de la mercadería no le prosperó.

Finalmente no encuentra la Corte que el Tribunal haya apreciado erróneamente las pruebas o dejado de apreciar alguna de ellas, de modo que su conclusión es-

té basada en un error o en una omisión. No existe, pues, a juicio de la Corte, error de hecho manifiesto, que repercuta o incida en una disposición sustantiva y que esto haya determinado su infracción ya por aplicación indebida, ya por falta de aplicación al pleito o interpretación errónea.

Concluye la Corte de lo anterior que los cargos que acaban de estudiarse no pueden prosperar.

Respecto del otro demandado Daniel E. Peña, el recurrente estima que también incurrió en culpa y considera que el Tribunal violó los artículos 2341 y 2356 del C. Civil al no deducirla.

Según se ve del recurso deduce esta culpa el demandante del hecho de haberse éste opuesto a la admisión de la tercería excluyente introducida por Villamil y de haber apelado del fallo que decidió sobre dicha tercería.

Las consideraciones de carácter doctrinario expuestas al estudiar los cargos anteriores sirven en el caso presente para concluir que no es fundada la acusación que se estudia. No obstante la Corte hace las siguientes consideraciones: Peña se opuso a la admisión de la tercería excluyente, porque consideró que habiendo sido fallado adversamente a Villamil el incidente de desembargo de las mercancías, el punto estaba ya resuelto. Mas ese concepto, equivocado o nó, no constituye ni error de conducta ni demuestra por sí solo una intención de perjudicar a Villamil. Peña hizo uso de un recurso legal y desde que esto es así, la noción de culpa no puede existir, y tén-gase en cuenta que sustentó su intención basado en una decisión judicial. También intentó un recurso judicial, al que tenía pleno derecho, al interponer recurso de apelación y por este otro extremo no puede decirse que incurriera en culpa, puesto que las partes pueden interponer los recursos que les da la ley, en lo cual ejercitan su derecho. Si la interposición de un recurso cualquiera fuera de las condiciones a que se ha hecho referencia como constitutivas del abuso del derecho, pu-

diera estimarse como un abuso, como el ejercicio anormal de un derecho, estaría entonces por demás el establecimiento de los múltiples recursos, que como garantía para las partes y para enmendar errores judiciales ha establecido la ley.

Finalmente es el caso observar que si es evidente que las mercancías se deterioraron, también lo es que no está comprobado, pero ni siquiera se ha insinuado, que ese hecho hubiera acaecido por culpa de los demandados, o que la larga demora del pleito hubiera procedido de la actuación de éstos. Parece verse, que el primer depositario no tuvo las mercancías con la diligencia, y cuidado del caso y eso explica el cambio de depositario mucho tiempo después de verificado el secuestro.

No pueden prosperar, se repite, los cargos que acaban de estudiarse.

Por eso, 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 son del recurrente.

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

Isaías Cepeda — José Miguel Arango—
Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa
Daza — Fulgencio Lequerica Vélez —
Hernán Salamanca — Pedro León Rincón,
Srio. en ppad.

PERJUICIOS — PRUEBA PERICIAL — AVALUO DEL PERJUICIO MATERIAL POR
LA MUERTE DE UNA PERSONA — DOCTRINA DE LA CORTE SOBRE
PERJUICIOS MORALES

1. Múltiple y reiterada ha sido la jurisprudencia de la Corte en el sentido de que la prueba pericial no obliga sino mediante la valuación jurídica del Juez, que es a quien corresponde, en definitiva, determinar el valor probatorio del peritazgo. Pero esta facultad judicial de apreciación fundamental del peritazgo no autoriza, tratándose de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, para que los magistrados o jueces procedan a fijar el precio o la estimación de las cosas que deben ser apreciadas o estimadas para decidir la controversia, con prescindencia o alteración del dictamen pericial, como lo establecía el artículo 79 de la ley 105 de 1890 en el antiguo régimen probatorio. Ahora los casos que pueden ocurrir sobre justiprecio judicial del mérito del peritazgo cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica están previstos y regulados en el artículo 721 del C. J., así: Si el dictamen uniforme de dos peritos es explicado y está debidamente fundamentado en concepto del Juez, en relación con todos los elementos del proceso y ha sido, además, obtenido con observancia de las fórmulas y requisitos legales, tiene el valor de plena prueba y obliga al Juez. Si hay desacuerdo entre los dos peritos por divergir en la conclusión del valor, *quantum debeatur*, como el artículo que se estudia ha de relacionarse con el 716 del C. J., la intervención del perito tercero puede plantear una de esas dos situaciones, cuando no adhiere al dictamen de uno de los principales: si las tres cifras del

avalúo son distintas y la diferencia entre las dos extremas no excede del cincuenta por ciento de la cantidad menor, el Juez queda obligado, naturalmente si se llenan también las condiciones generales ya vistas, por el medio aritmético, esto es, la cifra que resulte de dividir por tres la suma de las tres cantidades. En el caso de que la diferencia entre las cifras extremas de los tres avalúos exceda de la mitad de la cantidad menor, es el único evento en que el juez tiene facultad legal para hacer la regulación que estime equivalente conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso, o para decretar de oficio otro avalúo por medio de peritos que él designe. 2.—Para los efectos indemnizatorios por perjuicio material en caso de muerte de una persona en accidente desgraciado, no es propiamente la duración de la vida lo que vale, sino su capacidad productiva en relación con el apoyo cierto y concreto que dejó de tenerse al extinguirse esa vida, dentro de las peculiaridades propias de cada caso. Se desnaturaliza la prueba pericial para avalúos de esta especie si llega a convertirse en la aplicación mecánica de tablas y fórmulas matemáticas sobre duración de la vida y descuentos de tipo bancario. 3.—Además de lo dicho en una sentencia anterior de la Corte sobre perjuicios morales, se agrega que el problema que frecuentemente se confronta en los juicios en que se busca hacer efectiva la responsabilidad civil originada en un daño moral consiste en la dificultad que generalmente ofrece la ava-

luación en cifra numérica del perjuicio, la determinación de su cuantía para los efectos de la condena a su reparación, dificultad que varía y es mayor o menor según las diversas formas y peculiaridades que puede asumir el daño moral. Desde este punto de vista estrictamente probatorio ha establecido la jurisprudencia una división del perjuicio moral, en objetivado, que es el susceptible de concretarse probariamente en detrimentos patrimoniales sin perder su naturaleza original, e inobjetivados, que son aquellos que por permanecer en el campo estrictamente espiritual no puede traducirse o representarse en deterioros patrimoniales que den base cierta y apreciable para su avaluación, que por este motivo tiene que ser irremediamente arbitraria. Sobre este punto expuso una importante teoría la Sala de Negocios Generales de la Corte, en sentencia del 23 de abril de 1941, que la Sala de Casación acoge. 4.—El justiprecio del dolor ajeno no es materia de ninguna de las ciencias ni artes que pueden ser objeto de la especialización intelectual de los hombres.

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

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

Dan cuenta estos autos de que el municipio de Medellín es propietario de una planta hidroeléctrica, de gran capacidad, situada en el corregimiento de El Salto, distrito de Gómez Plata, que suministra servicio de alumbrado, calefacción y fuerza motriz a varios municipios antioqueños, y de que allí, con el objeto de accionar la maquinaria de talleres y un funicular para servicio de empleados y obreros y para otros menesteres, existen unos transformadores de los cuales salen alambres sin aislamiento conductores de electricidad a alta tensión, 6.000 voltios, colocados

en una casucha destapada, al alcance de la mano de los transeúntes, sin protección de ninguna clase ni indicación de peligro y a una distancia de centímetros de una senda por donde transitan las personas rozando casi los alambres destapados. Juan de Dios Cifuentes ejercía el cargo de inspector de policía de El Salto, corregimiento de Gómez Plata, y en este carácter oficial fue llamado el día 20 de junio de 1937 para que practicara el levantamiento del cadáver de Bonifacio Montoya, yacente cerca de los citados alambres donde fue hallado, probablemente víctima de electrocución. No se tuvo el cuidado de suspender la corriente eléctrica durante la diligencia, y aunque de esta circunstancia se dio aviso oportunamente, no bastó para evitar que la electricidad que circulaba por los alambres en condiciones tan peligrosas y descuidadas hicieran una nueva víctima en el inspector Cifuentes, muerto casi instantáneamente por electrocución en la presencia de las numerosas personas que lo acompañaban cuando indagando las causas de la muerte de Montoya rozó uno de los hilos conductores de la energía.

Con base en este suceso, Joaquín Cifuentes A. y Ana Isabel Alvarez de Cifuentes, cónyuges entre sí y padres de Juan de Dios Cifuentes, afirmando que su difunto hijo era de vida ejemplar y sostén de su ancianidad, demandaron al municipio de Medellín por medio de apoderado en libelo de 16 da agosto de 1937, repartido al Juzgado 3º del Circuito de Medellín, para que en sentencia definitiva de un juicio ordinario se declare que el distrito demandado está en la obligación de pagarles como indemnización por los daños causados con la muerte de su hijo, por culpa del municipio en las condiciones ya vistas, quince mil pesos por perjuicios materiales y diez mil pesos por perjuicios morales, o la suma que en este juicio o en otro sea fijada pericialmente al efecto.

Surtido el traslado legal al Personero Municipal contestó la demanda aceptando unos hechos, negando los que se refie-

ren a imprudencia y descuido del municipio y afirmando que el accidente que motivó la muerte de Cifuentes se debió a su propia imprudencia, pues desoyó voluntariamente las voces y avisos de alarma que se le dieron y hasta rompió autoritariamente el cordón de personas que se había puesto para evitar que la gente se acercase al sitio de peligro. La litis así trabada fue decidida por el Juzgado del Circuito en sentencia de 4 de agosto de 1939 en que se condenó al municipio de Medellín a pagar a los actores, por concepto de perjuicios materiales, diez días después de ejecutoriada, la suma de \$ 1.664.77, y al doctor Obdulio Gómez, como cesionario del 74 por 100 de la indemnización que corresponde a Ana Isabel Alvarez de Cifuentes la cantidad de \$ 1.079.64. En cuanto a daño moral negó el pedimento "porque la Corte Suprema de Justicia tiene sentada jurisprudencia de que cuando se pagan perjuicios patrimoniales no deben reconocerse los morales". Sin costas en el primer grado.

Sentencia acusada

El recurso de apelación que ambas partes interpusieron contra el fallo del Juzgado dio lugar a la segunda instancia del juicio surtida ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y que finalizó con la sentencia de 27 de julio de 1940, en la cual, con un voto disidente en parte, se confirmó el fallo apelado "con la modificación de que el municipio de Medellín debe pagar a la señora Ana Isabel Alvarez de Cifuentes y a Joaquín Cifuentes A., hoy los herederos de éste, una vez ejecutoriada esta sentencia, la cantidad de mil seiscientos treinta y un pesos quince centavos (\$ 1.631.15), y al doctor Obdulio Gómez, como cesionario de la señora Ana Isabel Alvarez de Cifuentes, la cantidad de novecientos cincuenta y siete pesos noventa y siete centavos (\$ 957.97), en lugar de las cantidades de que habla la providencia recurrida". También sin costas en este grado.

Con vista a las cuestiones propuestas

en casación se resumen brevemente los fundamentos en que se apoyó el fallo acusado:

Consideró el Tribunal que con los elementos de prueba aducidos al juicio, enunciados y analizados en la sentencia, resultan completamente establecidos los hechos y circunstancias constitutivos de la culpa de la entidad municipal demandada como propietaria de la empresa de energía eléctrica en que se causó el accidente mortal referido en condiciones que causan un evidente descuido y negligencia para prevenir la peligrosidad especial de esta clase de actividades, y halló también satisfactoriamente establecidas las vinculaciones consanguíneas existentes entre los actores y la víctima del accidente, en que se apoya el derecho para demandar el cumplimiento de la obligación de indemnizar. De las pruebas que revelan la manera como tuvo cumplimiento el suceso de autos dedujo el Tribunal que la muerte de Juan de Dios Cifuentes ocurrió en la situación jurídica de concurrencia de culpas que prevé el artículo 2357 del C. C., porque el inspector de Policía no quiso tomar en cuenta las advertencias y prevenciones que se le hicieron sobre el sitio mismo del peligro e imprudentemente se expuso al efecto letal de la corriente eléctrica que cruzaba por los alambres, por lo cual, haciendo uso de la facultad legal de apreciación, redujo a la mitad la obligación de reparar el daño.

En cuanto al valor de la indemnización, punto central en la consideración de este recurso, el Tribunal tuvo en cuenta la prueba pericial rendida de acuerdo por Juan Saldarriaga y Horacio Tobar González, quienes, con aplicación de las Tablas de Vida Probable de la Compañía de Seguros y sobre los datos de edad de actores y víctima y sueldo devengado por Cifuentes. Aumentado prudencialmente y deducidos sus gastos personales dictaminaron así: "a) Perjuicios sufridos por el señor Joaquín Cifuentes, teniendo en cuenta que debía sobrevivir a su hijo 16 años a razón de \$ 20 mensuales, \$3.200; b) Perjuicios materiales que sufre la se-

ñora Ana Isabel Alvarez de Cifuentes, calculando que debe sobrevivir a su hijo 20 años, según lo dejamos explicado, a razón de \$ 20 mensuales \$ 4.000. Los perjuicios morales los apreciamos en la cantidad de \$ 5.500. Da así un valor total de indemnización en contra del municipio de \$ 12.700.

Se analiza este dictamen pericial en la sentencia y se "encuentra aceptable" en lo referente a la supervivencia probable del finado y de sus padres por estar de acuerdo con las Tablas de las Compañías de Seguros, lo mismo que en lo relativo a la capacidad productora de la víctima, quien devengaba como inspector de Policía \$ 45, adicionados con \$ 20 como aumento probable y deducidos \$ 25 en que se calcularon sus gastos personales "quedando así \$ 40 como perjuicios mensuales ocasionados por su muerte". Pero está en desacuerdo el Tribunal en los cálculos y cómputos que hicieron los peritos sobre los datos precitados, porque dejaron de hacer "un descuento de intereses razonables al 6 por 100 anual sobre los anticipos de aquellas numerosas cuotas", y en esta parte desecha el avalúo pericial para fijar por su cuenta y con aplicación de fórmulas matemáticas y tablas bancarias las cifras o cantidades que adoptó, reducidas a la mitad por compensación de culpas, en la condena que profirió contra el municipio de Medellín. "Tampoco es aceptable —añade la sentencia— el dictamen pericial en cuanto se estima los perjuicios morales en la cantidad de \$ 5.500 oro, porque según el código de procedimiento penal, que pudiera aplicarse por analogía, la indemnización por esos perjuicios no puede pasar de \$ 2.000, y porque de acuerdo con una acertada doctrina de nuestra Corte Suprema, no hay lugar al pago de indemnización por perjuicios morales cuando se ha obligado a pagar los perjuicios materiales procedentes de culpa, pues aquellos han de considerarse incluidos en éstos".

Esta sentencia, así resumida en su fundamentación legal, es la acusada en casación ante la Corte por el recurso oportu-

namente interpuesto por la parte actora, que hoy se decide.

El recurso

Se apoya la acusación en el primero de los motivos que enumera el artículo 520 del C. J., y se formulan contra la sentencia los siguientes cargos por infracción legal:

Violación directa por interpretación errónea del artículo 721 del C. J., disposición de naturaleza sustantiva, en que incurrió el Tribunal porque "estando acordes los peritos en el avalúo en cifra numérica, ese dictamen pericial hace plena prueba, pues está razonado, y no hay lugar a que el Tribunal lo deseche para ponerse a avaluar él mismo. El Tribunal de Antioquia para mostrarse en desacuerdo con el dictamen pericial de los doctores Saldarriaga y Tobar dice que no es justo anticipar todas las cuotas mensuales de los 16 y de los 20 años; que lo equitativo es que se haga un descuento de intereses razonables al 6 por 100 anual sobre los anticipos de aquellas cuotas y para ello hace cálculos sobre sumas imaginarias, para fijar por sí y ante sí el valor de la indemnización".

"En el evento de que el Tribunal pudiera menospreciar el avalúo pericial —dice el recurrente—, a pesar de que por ser uniforme, explicado y fundado le obligaba a aceptarlo como plena prueba, lo que debió hacer es no atenderlo y hacer la condenación en abstracto, fijando las bases con arreglo a las cuales debía hacerse la liquidación y no hacerla el mismo fallador, con lo cual infringió directamente el artículo 480 del C. J., por no aplicación".

Violación por interpretación errónea de los artículos 2341 y 2356 del C. C., disposiciones que no autorizan la negativa al pago de los perjuicios morales y que no establecen distinción entre las diversas clases de daños que pueden dar lugar o nacimiento a la obligación de indemnizar.

"Acuso la sentencia recurrida —dice

finalmente el demandante— por la indebida aplicación del artículo 2357 del C. C., porque el inspector Cifuentes no se expuso imprudentemente al daño; como autoridad, como inspector de policía tenía la obligación legal de examinar los alambres, todas las huellas y rastros, levantar el cadáver y hacer toda clase de indagaciones para el esclarecimiento de las causas de la muerte de Bonifacio Montoya”.

Se consideran los cargos:

Múltiple y reiterada ha sido la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que la prueba pericial no obliga sino mediante la valuación jurídica del juez, que es a quien corresponde, en últimas, determinar el valor probatorio del peritazgo. “Estos principios generales —ha dicho recientemente— en que se informa el moderno derecho probatorio, que aspira a dar la mayor amplitud posible al convencimiento o persuasión racional del juez en el proceso de valuación probatoria de los litigios judiciales, alejándola cada vez más de normas invariables que encadenan su criterio, deformando su misión esencial de impartir justicia, estaban consagrados, en lo que a la prueba pericial se refiere, en el artículo 79 de la Ley 105 de 1890, hoy derogado, que disponía que “la exposición de los peritos no es de por sí plena prueba; ella debe ser apreciada por el juez o los magistrados, al fallar en definitiva, teniendo en consideración las razones en que fundan su dictamen los peritos, y las demás pruebas que figuren en el expediente. . . .

“No se opondrá a seguir aplicando estas sanas normas que dan al sentenciador cierta latitud de apreciación en todo caso de peritaje el texto de las nuevas disposiciones al respecto, atrás copiadas, que no pueden constituir un retroceso en nuestro sistema probatorio civil, porque si es verdad que en los artículos 721 y 722 del C. J. se da al dictamen pericial la categoría de plena prueba, también es verdad que allí se determinan precisamente las condiciones o requisitos que han de reu-

nirse para que tal plenitud probatoria se realice. No se establece en estos artículos del código la imperativa aceptación mecánica por parte del Juez del dictamen uniforme de los peritos sobre un avalúo o sobre cualquier regulación en cifra numérica con la sola condición de estar explicado y fundamentado, sino que es indispensable que esté debidamente fundamentado. En la apreciación de esta última condición, que es la esencial de la prueba pericial, es donde tiene oportunidad y manera de justificarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado; para decidir si está fundado debidamente. Apenas vale advertir que el juicio sobre estas calidades o requisitos del dictamen corresponde exclusivamente al juez, quien las reconoce o niega, para otorgar o negar fuerza probatoria al dictamen de los peritos”. (G. J. tomo XLVI, pág. 422).

Pero esta facultad judicial de calificación fundamental del peritazgo, no autoriza, tratándose de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica para que los magistrados o jueces procedan a fijar el precio o la estimación de las cosas que deben ser apreciadas o estimadas para decidir la controversia, con prescindencia o alteración del dictamen pericial, como lo establecía el artículo 79 de la ley 105 de 1890 en el antiguo régimen probatorio. Ahora los casos que pueden ocurrir sobre justiprecio judicial del mérito del peritazgo cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica están previstos y regulados en el artículo 721 del C. J., así:

Si el dictamen uniforme de dos peritos es explicado y está debidamente fundamentado en concepto del juez, en relación con todos los elementos del proceso y ha sido, además, obtenido con observancia de las fórmulas y requisitos legales, tiene el valor de plena prueba y obliga al juez.

Si hay desacuerdo entre los dos peritos por divergir en la conclusión del valor, quantum debeat, como el artículo que

se estudia ha de relacionarse con el 716 del C. J., la intervención del perito tercero puede plantear una de estas dos situaciones, cuando no adhiere al dictamen de uno de los principales: si las tres cifras del avalúo son distintas y la diferencia entre las dos extremas no excede del cincuenta por ciento de la cantidad menor, el juez queda obligado, naturalmente si se llenan también las condiciones generales ya vistas, por el medio aritmético, esto es, la cifra que resulte de dividir por tres la suma de las tres cantidades.

En el caso de que la diferencia entre las cifras extremas de los tres avalúos exceda de la mitad de la cantidad menor, es el único evento en que el juez tiene facultad legal para hacer la regulación que estime equitativa conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso, o para decretar de oficio otro avalúo por medio de peritos que él designe.

En las preinsertas reglas y ocurrencias ha determinado la ley el mérito probatorio que el juez está obligado a reconocer a un peritazgo de la especie del que se trata, y de acuerdo con ellas la apreciación que el Tribunal hizo del experticio de autos no encaja dentro de las normas legales que no autorizan, como se ha visto, la arbitrariedad judicial cuantitativa en presencia de un avalúo rendido uniformemente por los peritos principales, y al frente del cual el juez no puede sino aceptarlo si a su juicio está explicado y debidamente fundamentado, o desecharlo en el caso contrario, pero no reemplazarlo con su propia estimación como lo hizo el Tribunal sentenciador, incurriendo así en innegable error de derecho con violación de preceptos probatorios sustantivos.

Destruído el imperio del fallo recurrido como consecuencia de haberse hallado justificado el cargo de violación de ley sustantiva, a que acaba de hacerse referencia, debe la Corte decidir sobre los capítulos comprendidos en la casación. La circunstancia de ser único recurrente el actor y la naturaleza del punto afectado por la acusación, susceptible de ser modificado sin alterar la cuestión de fondo

en el litigio, limitan la jurisdicción del recurso a la consideración del problema probatorio de la cuantía de los perjuicios sufridos o sea el monto de la indemnización a que debe ser condeñado el Municipio demandado.

La prueba a éste respecto, apreciada por el sentenciador en la forma ilegal que se hizo ver, la constituyó el dictamen uniforme rendido por Juan Saldarriaga y Horacio Tobar González, peritos designados en legal forma por las partes para avaluar los perjuicios de orden material y moral que sufren los demandantes con la muerte de su hijo Juan de Dios Cifuentes, según se ve en el memorial petitorio de la prueba. Estos peritos, como se advirtió al resumir la sentencia acusada, fundan su avalúo en la duración probable de la vida de Juan de Dios Cifuentes y de la de sus padres conforme a las tablas utilizadas para este efecto por las compañías de seguros, en el sueldo de \$ 45 que el desaparecido devengaba como inspector de policía en el corregimiento de El Salto y en el aumento probable de este sueldo, que fijan en \$ 20 en virtud de las leyes sociales referentes a los empleados y en que fundan lo que ellos llaman las "perspectivas halagüeñas de su mejoramiento económico". Con estas bases, y deduciendo \$ 25 mensuales por concepto de gastos personales, el experticio de valuación se reduce a multiplicar la cifra en que se fijó la productividad económica de Juan de Dios Cifuentes por el término probable de duración de la vida de sus padres, con el resultado numérico que ya se dejó visto. Advierten los peritos en el dictamen escrito: "Tenemos conocimiento de que el señor Joaquín Cifuentes murió en el mes de junio último. Sólo sobrevivió a su hijo trece meses, aproximadamente. Esta circunstancia, que consideramos de importancia, la tenemos en cuenta para fijar el valor de los perjuicios que la señora Alvarez de Cifuentes ha sufrido con motivo de la muerte de su hijo Juan de Dios Cifuentes. Como el señor Joaquín Cifuentes murió, entendemos que transmi-

tió sus derechos a sus herederos". Consideraron los evaluadores que por la muerte del padre se hicieron mayores los perjuicios de la madre, y a pesar del hecho de no haber Joaquín Cifuentes sobrevivido a su hijo en conformidad con las tablas de mortalidad usadas para sus cálculos, no variaron, por esa causa, las conclusiones de su dictamen.

Al calificar la Sala, en función de instancia, el dictamen de los peritos evaluadores Saldarriaga y Tobar, lo encuentra deficiente en su fundamentación, que es la parte esencial de todo peritazgo y a la que se vincula el mérito de convicción que se le otorgue. El perjuicio material consiste en este caso en la pérdida o privación de la asistencia o apoyo que Juan de Dios Cifuentes prestaba a sus padres. Este dato, que los expertos debieron buscar con criterio realista y objetivo, es el que la justicia necesita porque la ley actúa, en orden al resarcimiento del daño, imponiendo una reparación que corresponda al bien de que se priva a los lesionados, en forma de establecer en lo posible las condiciones en que se hallaría si no hubiera ocurrido el accidente originario de la responsabilidad civil de que se trata. De menos se echan en el peritazgo que se estudia las circunstancias y peculiaridades propias del caso sobre la cuantía y forma de la ayuda pecuniaria que el muerto daba a sus padres, sobre la capacidad económica de éstos y demás datos y noticias utilizables para acomodar realmente la indemnización al daño causado. Adolece el experticio de irrealidad en cuanto se reduce a operaciones aritméticas sobre cifras de cálculos estandarizados sobre duración de la vida y en cuanto adopta arbitrariamente sumas por probables aumentos que carecen de apoyo cierto como elemento integrante de un perjuicio. Para los efectos indemnizatorios por perjuicio material no es propiamente la duración de la vida lo que vale, sino su capacidad productiva en relación con el apoyo cierto y concreto que dejó de tenerse al extinguirse esa vida, dentro de las peculiaridades propias de cada

caso. Se desnaturaliza la prueba pericial para avalúos de esta especie si llega a convertirse, como lo pretendió el Tribunal en su sentencia, en la aplicación mecánica de tablas y fórmulas matemáticas sobre duración de la vida y descuentos de tipo bancario.

Afecta también significativamente la fundamentación del avalúo la circunstancia, atrás referida, de haber considerado los peritos que la muerte del padre, acaecida dos meses antes de rendir su concepto, aumentaba los perjuicios sufridos por la madre con la pérdida del hijo y no alteraba sus cálculos edificados sobre las tablas de mortalidad de la compañía de seguros porque el término de supervivencia probable de Joaquín Cifuentes determinaba la magnitud del derecho que se transmitía a los herederos del actor. Lo primero es una consideración arbitraria y desarticulada porque en el plano de la causalidad nada tiene que ver la viudez de Isabel Alvarez con el perjuicio que a ella le causó la muerte de su hijo Juan de Dios; y lo segundo es una actitud ilógica y contradictoria, porque fuera de hacer prevalecer un mero cálculo arbitrario sobre la realidad evidente, resulta absurdo, en presencia de la muerte de uno de los lesionados, negarse a alterar las cifras del avalúo basado y edificado precisamente sobre la duración de la vida. Es claro que el derecho de Joaquín Cifuentes a ser indemnizado pasó a sus herederos, pero condicionado por su muerte que marcó el límite de su propia indemnización, del perjuicio que sufrió al privársele del apoyo económico de su hijo en el tiempo que lo sobrevivió.

Inservible por lo deficiente de sus fundamentos el avalúo pericial, la condena a indemnizar los perjuicios materiales de que se trata ha de hacerse en abstracto, para que sea fijado su importe en la ejecución de la sentencia, teniendo en cuenta para su liquidación las bases a que se hizo referencia en los dos párrafos que anteceden, lo mismo que las exposiciones de los testigos Upegui, Mira, Granada y Hernández sobre el apoyo que Juan de

Dios daba a sus padres viejos (fls. 48 y 49 del cuaderno de pruebas del actor y todas las circunstancias que sirvan para ilustrar particularmente el caso.

En relación con los perjuicios morales, que fueron objeto de pedimento especial de la demanda y que la sentencia acusada negó por considerar, como en alguna doctrina ya rectificada de la Sala de Negocios Generales de la Corte se dijo, que la reparación por esta especie de daño no cabe separadamente cuando hay condena por perjuicios materiales porque entonces deben entenderse englobados en éstos, conviene transcribir aquí lo que a este respecto dijo esta Sala en reciente sentencia, en que se trató de determinar la naturaleza del daño moral como elemento integrante de la indemnización, diferente de la injuria propiamente patrimonial.

“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 Jossierand 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 indispensable 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, haciéndole 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". (G. J., tomo L, p. 795).

El caso que hoy ocupa la atención de la Corte puede ilustrar como ejemplo esta posibilidad jurídica de la coexistencia de las dos especies de daño y su reparación separada: el perjuicio patrimonial representado en una suma equivalente al apoyo pecuniario que los padres demandantes dejaron de recibir por causa de la muerte culposa de su hijo Juan de Dios Cifuentes, a cuya apreciación se refirió el aparte anterior de este fallo, y el detrimento —dolor de amor familiar, podría decirse— que les causó la muerte de su hijo en las trágicas condiciones ya recordadas, y para cuya demanda les confiere personería el establecimiento procesal de sus vinculaciones de sangre con la víctima.

El problema que frecuentemente se confronta en los juicios en que se busca hacer efectiva la responsabilidad civil originada en un daño moral consiste en la dificultad que generalmente ofrece la valuación en cifra numérica del perjuicio, la determinación de su cuantía para los efectos de la condena a su reparación, dificultad que varía y es mayor o menor según las diversas formas y peculiaridades que puede asumir el daño moral. Desde este punto de vista estrictamente probatorio, ha establecido la jurisprudencia una división del perjuicio moral, en objetivado, que es el susceptible de concretarse probatoriamente en detrimentos patrimoniales sin perder su naturaleza original, e inobjetivados, que son aquellos que por permanecer en el campo estrictamente espiritual no pueden traducirse o representarse en deterioros patrimoniales que den base cierta y apreciable para su valuación, que por este mo-

tivo tiene que ser irremediablemente arbitraria. En varias decisiones de la Sala de Negocios Generales de la Corte, de muy reciente data, se ha expuesto esta teoría. De la fechada el 23 de abril del año que corre se copian los siguientes pasajes atinentes al punto que se considera:

"Parece que la falta de una diferenciación, necesaria e indispensable, entre las diversas clases de daño moral, según la naturaleza de éste, ha llevado confusión a las exposiciones de los tratadistas, por entender a veces el intérprete a la luz de aquéllas que allí se generaliza un concepto sobre todas clases de daño moral. Esa generalización, que no es fundada filosófica ni jurídicamente, produce oscuridad y dificultad en el examen del asunto. Como no todos los daños morales son de idéntica especie, las normas para hacer su valoración tampoco son las mismas en todos los casos. Conviene detenerse en el estudio de este asunto, para ilustrar el criterio que debe regir la estimación del perjuicio moral.

"Hay en torno al daño moral dos géneros de perjuicios: los que emanan de aquél en forma concreta, determinada o determinable, que pudieran llamarse perjuicios morales objetivados; y otros que son indeterminados o indeterminables, inasibles y abstractos, perjuicios morales no susceptibles de objetivación.

"El daño moral es la lesión del patrimonio moral propiamente dicho o del patrimonio afectivo; de la "parte social del patrimonio moral", en los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales; de la parte afectiva, en los que hieren los sentimientos de amor en la familia. La injuria al honor o al sentimiento del amor filial puede ocasionar perjuicios morales inestimables por su naturaleza, y repercusiones objetivas del daño moral. El comerciante que pierde su reputación sufre una pena psíquica por la misma causa, daño éste inestimable pecuniariamente, y puede recibir también un daño moral que se manifiesta objetivamente en los menores rendimien-

tos de su negocio debidos a su inhibición para el trabajo que lo hace menos productivo, y en la baja de sus entradas porque la pérdida de su crédito le trastorna su negocio. El hijo de un hombre que muere en un accidente experimenta el dolor o la pena naturales a la privación del afecto de su progenitor, pena subjetiva, psíquica, no objetivable; pero además puede sufrir, como consecuencia de su estado aflictivo o depresivo, una merma o disminución de sus facultades o aptitudes para el trabajo que reduzcan sus esfuerzos y afecten consecucionalmente su patrimonio.

“El daño moral objetivado puede fácilmente repararse. Tal cosa ocurre con el perjuicio inferido a una persona en su patrimonio por la pérdida de su crédito causada por la difamación o por su inhibición para el trabajo; dicho daño es tangible, estimable con relativa facilidad, concretable en cifras numéricas. Pero no puede decirse lo propio del daño no objetivado.

“Estas diferencias, en lo tocante a la indemnización por el daño moral, sugieren e imponen conclusiones diversas según sea el género del perjuicio. Las repercusiones objetivas del daño moral han de indemnizarse siempre aplicándoles las normas que regulan la fijación y resarcimiento del perjuicio material. Se procura y se obtiene que ese perjuicio moral se objetive y concrete, y por esa vía se llega a la reparación debida. En esta categoría cabe la mayor parte del daño moral; muchos casos de perjuicios de esta clase se comprenden en ella, y por el procedimiento aquí señalado puede alcanzarse su reparación... De conformidad con esta definición del daño moral, admitida por los más autorizados expositores, hay perjuicio moral cuando se vulneran intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran el patrimonio moral de una persona, en su parte social y en su parte afectiva, en su honor, por ejemplo, o en el sentimiento. Es la calidad de los bienes o intereses afectados lo que le comunica su naturaleza propia al daño, y

no la circunstancia de que éste pueda tener una manifestación externa o material. Si se lesionan bienes del patrimonio moral hay daño moral. Si los del patrimonio material, existe el daño de esta clase. Si se vulneran bienes inmateriales, intrínsecos, inherentes a la persona humana, se produce el daño moral; si se lesionan bienes extrínsecos, no inherentes a ella, se causa el daño material. De donde se infiere que la objetivación del daño moral, en cuanto pueda hacerse para darle realidad procesal-jurídica, esto es, en sus manifestaciones materiales, constituye daño moral y no material. La enfermedad proveniente de la pena ocasionada por el ataque al sentimiento de afección y la depresión psíquica con el mismo origen y que produce inhibición para el trabajo, que consecucionalmente afectan el patrimonio material, son daño moral objetivado, manifestaciones o efectos materiales de aquél, porque se derivan de una lesión en un bien perteneciente al patrimonio moral. El perjuicio considerado en toda esa gama consecucional del daño moral es perjuicio moral, aunque se presente en forma objetivada.

“Debe observarse que hasta aquí el campo recorrido para la determinación del daño es cierto, seguro y no arbitrario.

“No sucede lo mismo cuando se trata del daño moral no objetivado. En él se contempla un perjuicio puramente subjetivo. Es la pena misma, el dolor, el sufrimiento en el sujeto pasivo del daño lo que se considera. Hay en tales circunstancias un daño cierto, evidente, producido por el agente responsable del acto delictual o culposo.

“No puede negarse que en las hipótesis ya vistas, de la injuria al honor del comerciante y de la muerte de un hombre, hay un daño de naturaleza subjetiva, el del dolor o la pena causados a la persona que sufre la difamación o a los deudos de quien perece en el accidente. A ese daño, que ataca el sentimiento del honor o el sentimiento de afección, en un orden subjetivo únicamente, cabe bien aplicar las observaciones hechas por Ripert, en

forma que adolece de generalidad, pero que son adecuadas e inobjetables cuando se trata de ese género de daño moral. Si se quisiera medir esa pena para avaluarla habría que llegar, como único medio para hacerlo, a la libre y arbitraria apreciación del presunto lesionado, que es quien puede decir la intensidad de su dolor. Cualquiera otra intervención dirigida a lograr ese objetivo sería ineficaz, porque es imposible someter a una escala de medida la personalidad psicológica, compleja y múltiple, de los agentes receptores del perjuicio moral.

“Este daño moral no objetivado, inasible por su naturaleza, no puede reducirse a cifras ni traducirse pecuniariamente, si no se quiere caer en la más completa arbitrariedad. Por eso, si de reparación del daño moral se trata, ha de admitirse que como tál no es posible lograrla sino en la medida de su objetivación.

“En la zona del daño puramente subjetivo la reparación no se realiza completamente porque es imposible alcanzarla, porque los sentimientos no se compran ni se venden, porque la estimación social y pública no es artículo de comercio, y porque el dinero es incapaz de restablecer el equilibrio espiritual alterado por la lesión emanada de esta clase de daño. Admitir el *pretium doloris* para compensar económicamente el daño subjetivo es aceptar un absurdo en lo moral y en lo jurídico. Lo que no implica que el daño puramente subjetivo haya de quedar sin una satisfacción de orden pecuniario, como así la llama Jossierand y con él otros expositores.

“Tal criterio de la satisfacción por el daño moral es el que se halla consagrado o previsto por la ley colombiana, en relación con la especie de daño de que ahora se trata. En efecto, al decir el artículo 95 del C. P. que “cuando no fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos”, parte de la base de la imposibilidad que existe de re-

conocer una indemnización completa del perjuicio, que no la daría el dictamen de terceros, sino la estimación del propio lesionado, ya que el daño moral subjetivo resulta en realidad de la receptividad de la víctima, como lo observa Ripert. En el orden material el perjuicio se avalúa mediante el criterio general y humano; en el subjetivo, para que la reparación fuera completa, debería basarse en la estimación del lesionado. Mas si éste rigiese, el *quantum* de la indemnización sería el que por aquél se señalase y no se hallaría limitado a la suma que fija la ley. Sin embargo, el sistema colombiano es el que mejor armoniza con las concepciones más recientes del derecho y de los principios que dentro de él inspiran la reparación del perjuicio. Como ella no puede alcanzarse en forma completa y aplicando las reglas ordinarias para la fijación del monto, se pronuncia la justicia ordenando una satisfacción, como se ha dicho, o haciendo la simple afirmación del quebrantamiento del derecho, ya que en el fenómeno jurídico que se analiza, como con propiedad lo anota Demogue, la indemnización representa “una necesaria afirmación de la injusticia cometida más que la reparación del quebranto causado al derecho de la víctima”, “puesto que se trata de reaccionar contra el acto dañoso y en manera alguna de hacerlo desaparecer con una compensación”. Por ser procedente la satisfacción de que se habla, y no la reparación común y completa establecida en la ley civil como norma general para todos los daños, el concepto de modicidad de la suma que ha de entregarse, según la ley nacional, es también acertado. Y queda, finalmente por considerar en la norma legal a que se alude, la forma de disposición al arbitrio del juez, que allí se establece, en orden al señalamiento del *quantum*. Este procedimiento es el aconsejable para estos casos, en que, dentro de una suma reducida, podrá el juez apreciar si las circunstancias del lesionado imponen la entrega de la cantidad total o de una parte o si ellas permiten o indican como mejor la mera

condenación simbólica aplicada en algunas ocasiones por ciertos tribunales, en una cantidad ínfima, que generalmente es la unidad más pequeña en la moneda respectiva, pero con cuya condenación se obtiene el propósito que se quiere alcanzar, según queda explicado.

“Dedúcese de lo dicho que la ley patria que establece la indemnización del perjuicio moral subjetivo ha introducido en nuestro derecho positivo una reforma que traduce las más modernas concepciones jurídicas y que marca una evolución saludable en el campo complejo y arduo de la responsabilidad civil por los delitos y las culpas.

“Resumiendo lo dicho en este capítulo sobre perjuicios morales, se tiene que ellos deben repararse, en general, mediante su objetivación; y que para el daño no objetivable se admite una pequeña satisfacción pecuniaria que se gradúa prudencialmente por el juez según las circunstancias de cada caso, dentro de la cuantía señalada en el artículo 95 del código penal”.

No contiene el proceso que se estudia dato alguno sobre perjuicios morales objetivados que pudieran ser base de un justiprecio según las reglas comunes del derecho probatorio. El pedimento segundo de la demanda hace referencia al daño moral consistente en el dolor que les causó a los demandantes la muerte de su hijo, y fue este “dolor moral” o “golpe psíquico”, según la expresión de los peritos lo que ellos avaluaron en la suma de \$ 5,500. Se trata, pues, en este caso, según la exposición doctrinaria que precede, de un perjuicio moral no objetivable para cuya valuación no son procedentes los medios de probanza ordinarios que sirven, en tratándose de responsabilidad común, para demostrar los elementos tradicionales — daño emergente y lucro cesante — con que se integra el concepto de indemnización en el derecho civil. Apenas es necesario advertir aquí, después de lo expuesto, que el dictamen de los peritos en esta parte del perjuicio moral es una pieza carente en absoluto de todo mé-

rito y valor. La prueba pericial está destinada legalmente para la comprobación de hechos que exijan conocimientos y prácticas especiales, y resulta trivial hacer notar que el justiprecio del dolor ajeno no es materia de ninguna de las ciencias ni artes que pueden ser objeto de la especialización intelectual de los hombres.

La Corte hará, pues, en la parte resolutive de este fallo, la condena a la satisfacción de orden pecuniario que según su arbitrio corresponde al daño moral referido.

Por lo que hace al último cargo que se formula contra la sentencia recurrida, consistente en indebida aplicación del artículo 2357 del C. C., “porque el inspector Cifuentes no se expuso imprudentemente al daño”, con lo cual busca el recurrente rectificar la reducción que hizo el Tribunal a la mitad de la indemnización por virtud de la concurrencia de culpas que halló establecida, lo primero que es preciso advertir es que la consideración del punto a que se refiere la acusación no está comprendida en las cuestiones que la Corte puede tratar como juez de instancia por virtud de haber prosperado el cargo relacionado con las disposiciones de carácter probatorio relacionadas exclusivamente con el avalúo pericial de los perjuicios sufridos, y que por referirse a un aspecto aislado y secundario de la sentencia no plantea en el recurso, según la técnica de la casación, la totalidad de las cuestiones debatidas. Por esta circunstancia, el aspecto que ofrece la aplicación del artículo 2357 del C. C. se considera separadamente como cargo en casación.

El Tribunal tuvo en cuenta diversas pruebas testimoniales para deducir la situación de concurrencia de culpa, la del municipio demandado por mantener sus instalaciones eléctricas en condiciones de gran peligrosidad por evidente descuido e imprevisión, y la de Juan de Dios Cifuentes por haberse expuesto imprudentemente a la acción de la electricidad a

pesar de las advertencias que oportunamente se le hicieron por los empleados de la empresa. En la sentencia, en efecto, se hace alusión a las afirmaciones testimoniales del doctor Alfonso Velásquez, Roberto Facio Lince, Roberto Arango y otros sobre el hecho de que cuando se procedió a la práctica de la diligencia del levantamiento del cadáver de Montoya, el doctor Velásquez, en vista del peligro que existía, dio orden de que se formara un cordón de aislamiento que el inspector Cifuentes atravesó autoritariamente, no obstante las prevenciones que se le hicieron, y agregan los testigos que oyeron cuando Bayardo Gómez y Abdón Duque ordenaban a gritos que nadie se acercara a las instalaciones, con el fin de evitar accidentes.

Habiéndose el Tribunal fundado en las exposiciones de estos testigos presenciales para decretar la reducción indemnizatoria en la proporción en que lo hizo, por compensación de culpas, el cargo que a este respecto formula la demanda de casación está mal enderezado por violación directa del texto legal citado, porque tratándose de una situación de hecho que reposa sobre base probatoria, no puede llegarse a la violación de ley sustantiva sino a través de errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas fundamentales, y tal no es el cargo que se formula. Por lo demás, a la luz de las probanzas referidas aparece justamente apoyada en la realidad la conclusión jurídica del fallo sobre la concurrencia culpable.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia proferida

por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha 27 de julio de 1940, y reformando la de primera instancia, falla este pleito así:

a) El Municipio de Medellín está en la obligación de pagar a Joaquín Cifuentes A., hoy sus herederos, y Ana Isabel Alvarez de Cifuentes, una vez ejecutoriada esta sentencia, los perjuicios materiales que se les causaron con la muerte de su hijo Juan de Dios Cifuentes por culpa del Municipio demandado, en las circunstancias de modo, tiempo y lugar expresados en la demanda. La cuantía de los perjuicios se fijará en la forma señalada en el artículo 553 del C. J., teniendo en cuenta las bases que para hacer su liquidación se dejan expresadas en esta sentencia.

La obligación del Municipio es la de pagar la mitad de esta cuantía que se fije (artículo 2357, C. C.)

b) Condénase al mismo Municipio de Medellín a pagar a los expresados actores la suma de \$ 500 como satisfacción pecuniaria por el daño moral que sufrieron con la expresada pérdida de su hijo.

c) Debe pagarse al doctor Obdulio Gómez, como cesionario de la señora Ana Isabel Alvarez de Cifuentes el 74% de lo que a esta demandante corresponde por razón de esta sentencia.

d) Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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

Isaías Cepeda — José Miguel Arango—
Liborio Escallón — Fulgencio Lequerica
Vélez—Ricardo Himestrosa Daza — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón,
Srio. en ppd.



SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

INTERPRETACION DE UN VEREDICTO — REPARO AL ARTICULO 365 DEL CODIGO PENAL DE 1936 — EL A SABIENDAS EN EL UXORICIDIO

1º La respuesta simplemente afirmativa del Jurado a la cuestión presentada por el Juez, dio al parricidio que X ejecutó en la persona de su mujer legítima el carácter de voluntario, y no había ninguna razón para que el fallador de la primera instancia resolviera colocar el delito en el artículo 610 del C. P. de 1890, olvidando el precepto del artículo 615, *ibidem*.

2º El artículo 365 del Código Penal de 1936 no relaciona la sanción para el homicidio ultraintencional sino con el artículo 362 que señala la pena del homicidio común, cuando esa relación debía ser, también, respecto del artículo 363 que trata del asesinato; y

3º Si al Jurado no se le interrogó sobre el vínculo matrimonial entre el matador y la víctima (artículo 79, Ley 100 de 1892), por una omisión del Juez, esa falta no le quita legalmente al hecho su clara condición de parricidio, ya que en las actas de la audiencia ante el Jurado el reo X habló de que la occisa era su mujer legítima, circunstancia que constaba en el proceso con la copia de la partida eclesiástica de matrimonio. De consiguiente, el Jurado, al proferir su veredicto, entendió que asentía a la comisión de un uxoricidio.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, octubre diez y ocho de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Campo Elías Aguirre).

El Juez 2º Superior de Santa Rosa de Viterbo procesó a Abel Ramírez por el homicidio que éste ejecutó en la persona de su mujer legítima, Isidora Albarracín, el diez y ocho de marzo de mil novecientos treinta y seis.

A la pregunta de fs. 78 del cuaderno primero contestó el Jurado "Sí, de manera involuntaria", y el Juez, el cinco de junio de mil novecientos treinta y siete, condenó a Ramírez a la pena principal de ocho años y cuatro meses de presidio, término medio entre el mínimo y máximo del artículo 610 del Código de 1890, disminuido en una sexta parte (inciso segundo del artículo 124, *ibidem*).

Por apelación y consulta conoció del fallo el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial, quien declaró notoriamente injusto el veredicto, en uso de la facultad que le otorga el artículo 51, Ley 169 de 1896.

Repuesta la causa en el Juzgado, por una nulidad, se les volvió a presentar a los Jueces de hecho la cuestión de fs. 38 del cuaderno tercero, que a la letra dice: "El acusado Abel Ramírez, varón, mayor, natural y vecino de San Mateo, en el Departamento de Boyacá, es responsable, sí o nó, del delito de homicidio cometido en

la persona de Isidora Albarracín, quien falleció a consecuencia de unas heridas causadas con instrumento punzante y cortante determinantes de los estragos orgánicos mencionados en la diligencia de autopsia, hecho que tuvo su cumplimiento en la propia casa de habitación de Abel Ramírez, ubicada en la vereda de El Guayabal, punto del mismo nombre, en jurisdicción de San Mateo, como entre once y doce del día diez y ocho de marzo de mil novecientos treinta y seis?"

Simplemente afirmativo fue el veredicto que el Juez tergiversó en el sentido de atribuirle al parricidio la condición de involuntario, para condenar a Ramírez otra vez con el segundo grado del artículo 610, y un aumento de cuatro meses, olvidando el mandato del artículo 615 por resultar voluntario ese parricidio en el cónyuge. También olvidó el Juez que el tres de agosto de mil novecientos treinta y nueve, fecha de su sentencia, ya regía el Código Penal de 1936, y que era menester la comparación entre la penalidad del artículo 610 del Código de 1890 y la del artículo 365 de aquél, para examinar cuál era más favorable a Ramírez, puesto que ese artículo 365, contentivo del homicidio ultraintencional o preterintencional, es el equivalente de la figura delictuosa de los artículos 589, 590, 610, 611 y 612 del antiguo Código.

Y aquí se le permitirá a la Sala una digresión que no deja de ser importante:

Por qué el artículo 365 del Código Penal de 1936 relaciona la pena del homicidio ultraintencional únicamente con el artículo 362, *ibidem*, que trata del homicidio común, y no, también, con la forma agravada del homicidio-asesinato que reprime el artículo 363?

En la legislación penal italiana el homicidio ultraintencional se extiende al homicidio común y a sus formas agravadas. En la de Colombia tan sólo se reprime el ultraintencional con la pena del homicidio simple, reduciéndola en parte.

No hay razón para circunscribir la pena del homicidio ultraintencional al caso

del artículo 362, y no referirla, así mismo, a los del artículo 363, porque no puede ser igual matar ultraintencionalmente a un extraño que al padre o madre, abuelos, descendientes, hermanos, etc. No parece ser la misma cosa matar ultraintencionalmente a un sujeto, v. g., con un disparo de revólver, en riña, o sin pelea, y sin factores que compliquen el lance, que darle muerte ultraintencional en cualquiera de las circunstancias de los ordinales 2º a 9º del artículo 363.

En suma, la pena del homicidio ultraintencional debería ser en relación con el homicidio común y con el asesinato.

El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo corrigió el yerro del Juez, y basándose en el veredicto, que corresponde a la realidad del suceso, vio en el uxoricidio que consumara Ramírez un parricidio voluntario que tiene veinte años de pena fija, sustitutiva de la muerte. Y entonces el Tribunal, al cotejar la sanción del Código antiguo y la del de 1936 optó por la última y condenó al procesado, con extrema benignidad, a quince años de presidio, mínimo del artículo 363.

Abel Ramírez interpuso el recurso de casación y alegó las causales 1ª y 4ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931: que la sentencia del Tribunal es "violatoria de la ley penal, por mala interpretación de la misma", y que es "contraria a los cargos formulados en el auto de proceder".

Para sustentar la 1ª en síntesis manifiesta el reo que ha debido imponérsele la pena del artículo 610 del Código de 1890, o la del artículo 365 del Código de 1936.

Y para sostener la 4ª escribe Ramírez: "Se funda esta causal en que no se me ha llamado a juicio por el homicidio en Isidora Albarracín como mi esposa o consorte o cónyuge, sino como Isidora Albarracín".

Nada mejor que reproducir las consideraciones del señor Procurador delegado en lo penal. Dice él lo siguiente:

“El veredicto del Jurado es simplemente afirmativo, lo que quiere decir que se aceptó que el reo es responsable del delito del homicidio cometido en la persona de Isidora Albarracín. Luego no hay motivo para afirmar que los Jueces de conciencia hubieran calificado el hecho como homicidio involuntario, que es el contemplado por el artículo 610 del anterior Código Penal.

“Otro tanto puede decirse en relación con el artículo 365, en que se contempla la figura del homicidio ultraintencional, pues la respuesta del Jurado, no fijó semejante situación.

“Tuvo, por tanto, plena razón jurídica el Tribunal al dar aplicación al artículo 363 del nuevo Código, que es más favorable que el correspondiente del anterior Código.

“.....
.....
.....

“El Tribunal Superior al revisar el auto de proceder proferido por el Juzgado, inicia su providencia así: ‘Por apelación interpuesta por el defensor del procesado por homicidio Abel Ramírez, corresponde hoy al Honorable Tribunal revisar la demanda criminal de fecha 18 de febrero del año en curso, proferida por el Juzgado 2º Superior de este Distrito, en que se llama a responder en juicio por los trámites en que interviene el Jurado de calificación al mentado Ramírez, varón, mayor de edad y vecino del municipio de San Mateo (Boyacá), como autor responsable del delito de homicidio en la persona de su mujer Isidora Albarracín....’

“En el llamamiento a juicio, por lo tanto, sí se hizo mención de que Isidora era la mujer del procesado, hecho que, por otra parte, está plenamente demostrado y nadie ha tratado de impugnar.

“Si la víctima no hubiera sido la esposa legítima del reo, sí hubiera sido una equivocación del Tribunal la afirmación de que Ramírez es un uxoricida.

La circunstancia de haberse formulado con impericia el cuestionario, no perjudi-

ca la realidad de los hechos ni debe servir de estorbo para la aplicación justiciera de la Ley.

“Por lo expuesto, la Procuraduría pide muy atentamente a la Honorable Corte que no infirme la sentencia recurrida”.

Y la Sala añade:

El Juez estaba en la obligación de formularle al Jurado los interrogatorios de los artículos 79 de la Ley 100 de 1892 y 47 de la Ley 169 de 1896, para determinar el a sabiendas del vínculo matrimonial, y como no obró el Juez así, debió el Tribunal proceder según lo indica el artículo 310 de la Ley 57 de 1887. Y todavía en la única pregunta de fs. 38 del cuaderno tercero pudo ponerse lo que concierne a si el reo mató a la Albarracín sabedor de que era su mujer legítima.

La omisión del cuestionario en que debía interrogarse al Jurado sobre el vínculo conyugal entre víctima y victimario, así como la carencia del correspondiente veredicto sobre el hecho de haber obrado el reo a sabiendas de que la Albarracín era su legítima mujer, podría haberse tomado en cuenta como motivo de casación. Ocurre, sin embargo, que el recurrente no invocó la causal 4ª por este aspecto, y de otra parte resulta indudable que el Jurado, al proferir su veredicto, entendió que se trataba de un uxoricidio. En las actas de la celebración del juicio ante el Jurado aparece que el sindicado se refirió de modo expreso a la circunstancia de ser la occisa su mujer legítima, circunstancia a la cual también aludieron el Fiscal y el Defensor y que está probada plenamente en los autos con la copia de la partida de matrimonio.

De acuerdo con lo dicho y con la solicitud del señor Procurador delegado, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal,

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve no invalidar—y NO INVALIDA—la sentencia en que el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo condenó a Abel Ramírez a la pena principal de quince años de presidio por la muerte violenta de Isidora Albarracín, mujer legítima de Ramírez.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Campo Elías Aguirre — José Antonio Montalvo — Absalón Fernández de Soto.
Julio E. Argüello R., Secretario.

HOMICIDIO COMETIDO POR UN INDIGENA NO CIVILIZADO — EN VEZ DE LA PENA DE NUEVE AÑOS DE PRESIDIO A QUE SE LE CONDENO DE ACUERDO CON EL ANTIGUO CODIGO, SE LE APLICAN LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD ESTABLECIDAS POR EL NUEVO

Por el delito de homicidio se aplican medidas de seguridad — reclusión en colonia agrícola — a un indígena "que ha estado al margen de la vida civilizada sin ser penetrado por ésta" en concepto de los psiquiatras, quienes, lo mismo que los jueces de instancia y los jurados, han considerado que a pesar de ello es sujeto capaz de responsabilidad.

Este indígena delinquiró cuando aún regía el Código Penal de 1890 y lo condenó el Tribunal Superior de Manizales a nueve años de presidio por sentencia que, en casación, invalidó la Corte.

Al dictar ahora la sentencia que reemplace la infirmada se considera más favorable al reo el nuevo Código Penal que permite aplicarle medida de seguridad por el tiempo indispensable para tratar de adaptarlo a la vida social, en vez de pena aflictiva de larga y fija duración.

La forma insidiosa y demás circunstancias en que cometió el delito muestran la insensibilidad moral de este delincuente, quien ha revelado considerable peligrosidad no sólo por la acción criminosa en sí misma, sino también por las modalidades de ella.

(Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo).

Con fecha trece de febrero de mil novecientos treinta y nueve invalidó la Corte el fallo del Tribunal Superior de Manizales que había impuesto al indígena José Domingo González la pena de nueve años de presidio como responsable de la muerte de Gorgonio Palacio, indígena también.

El recurrente había invocado las causales 1ª y 3ª de casación, y el señor Procurador Delegado coadyuvó la demanda planteando las cuestiones siguientes:

a) la manera como el reo ejecutó el delito y la carencia de móviles para el mismo "dan la impresión de que se trata de un sujeto anormal";

b) como el indígena procesado no quedaría sometido a la legislación general de la República "si permanece en estado salvaje", el examen psiquiátrico dirá "si ha entrado ya en un nivel medio de civilización";

c) la explicación que dio el reo al confesar su responsabilidad indica o que "es un indígena profundamente supersticioso, incapaz de comprender el alcance de sus actos, tal como pensaban y sentían sus más lejanos antepasados; o que González padece de una psicosis de persecución (paranoia) que desquicia su psiquismo y lo hace merecedor de una medida de seguridad".

Dijo la Corte en su sentencia de casación:

"Las leyes 89 de 1890 y 72 de 1892 establecen normas de excepción en materia civil, penal y judicial, respecto de los in-

dígenas cuya condición de civilizados sea muy incipiente. Quiere esto decir que cuando en los asuntos criminales se aluda a procesados indígenas, el expediente debe arrojar los datos necesarios sobre la personalidad del sindicado, desarrollo de sus facultades, grado de su cultura y demás factores que permitan al juzgador determinar si se trata propiamente de uno de aquellos indígenas que las leyes arriba citadas han querido sustraer al derecho común, o de sujeto normal, juzgable según las reglas generales.

“Y como los datos procesales son insuficientes para apreciar la personalidad del indígena José Domingo González, resulta que puede haberse aplicado de modo indebido la ley penal, y a fin de esclarecer este punto es procedente, al infirmar la sentencia por la causal 1ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931, dictar el auto para mejor proveer que solicita el señor Procurador.

“Sólo mediante la práctica de esas diligencias podrá concluirse si el indígena procesado se hallaba cuando ocurrió el hecho de autos, en alguno de los casos de no imputabilidad que contempla el artículo 29 del Código de 1890; así como también si son las medidas de seguridad del nuevo Código Penal las que le son aplicables, como lo insinúa el señor apoderado que fundamentó el recurso ante la Corte”.

En la misma sentencia de casación se dispuso, para mejor proveer, la práctica de un estudio médico en la persona del indígena González “para determinar el desarrollo de sus facultades, el grado de su cultura y los demás factores que permitan apreciar debidamente su personalidad y concluir si se trata o nó de sujeto normal, capaz de haber valorado el alcance de sus acciones en el momento en que dio muerte a Gregorio Palacio”.

Recientemente ha expresado la mayoría de esta Sala que el auto para mejor proveer debe dictarse antes del fallo de casación, ya que las diligencias practicadas en virtud de dicho auto pueden dar

mucha luz a la Corte sobre el recurso mismo, ya también porque de esa manera no necesita ella emitir varias providencias sino una sola en que, al casar la decisión del Tribunal de instancia, se proferiera de una vez la sentencia que debe reemplazar a la infirmada. (Casación de Benjamín Barrera o Valencia, abril primero de mil novecientos cuarenta y uno).

Pero es lo cierto que en el caso de que se trata la Corte decretó diligencias para mejor proveer en el mismo fallo de casación y como una consecuencia de éste; y habiéndose surtido aquellas diligencias es necesario proferir ahora el fallo de instancia, a lo cual se procede mediante los considerandos que en seguida se verán.

Se solicitó el concepto de los señores médico-legistas de Manizales, quienes manifestaron las dificultades que se les presentaban para formarse idea cabal de la mentalidad de González, por falta de datos acerca de su “pasado familiar, fisiológico y social”, por ignorar este indígena, casi completamente el idioma español, y por no podersele observar y examinar en lugar y con medios adecuados. Pero concluyen así: “si bien es cierto que se trata de una mentalidad inferior a la del hombre civilizado, no creemos que sea un sujeto exento por completo de responsabilidad” (fs. 29).

Vuelto de Manizales el asunto y acatando una solicitud del señor Procurador Delegado se dispuso ampliar el estudio pericial, encomendándolo esta vez a la Oficina Central de Medicina Legal de Bogotá, a cuya disposición se pusieron el reo y el expediente. Los peritos debían conceptuar en concreto sobre “el grado de civilización del indígena para saber si se trata o nó de una persona normal, capaz de valorar el alcance de sus acciones en el momento del delito”.

Dicha Oficina ha expresado en su dictamen que “González es un indígena no civilizado, y aunque puede expresarse en imperfecto castellano la resultante psíquica de sus sentimientos, voliciones y tendencias fundamentales son las de un

sujeto que ha estado al margen de la vida civilizada sin ser penetrado por ésta". Y terminan los señores Médico-Legistas de Bogotá con las siguientes

“ C o n c l u s i o n e s :

“1º José Domingo González es un indígena puro, que habla castellano y no presenta perturbación de sus facultades mentales;

“2º Los conceptos de la civilización son extraños a su mentalidad (ideas de responsabilidad, justicia social, castigo, arrepentimiento, etc.);

“3º Hay fuertes presunciones de que el homicidio fue cometido bajo la influencia del licor”.

Los exámenes médico - psiquiátricos practicados en el reo por virtud del auto para mejor proveer han venido a dejar más en claro aún que al condenársele de acuerdo con la legislación común o propia de los hombres tenidos en Colombia como civilizados, se había incurrido efectivamente en indebida aplicación de la ley penal.

Pero de las exposiciones periciales no se infiere que el indígena González sea un irresponsable en aquel grado que el numeral 1º del artículo 29, Código Penal de 1890, contempla como eximente de imputabilidad.

El señor doctor Enrique A. Becerra, apoderado del recurrente ante la Corte, había dicho, para fundar su recurso, lo siguiente:

“Según el artículo 26 de la constitución ‘en materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable’. Este principio constitucional se encuentra desarrollado por las disposiciones de los artículos 44 a 47 de la Ley 153 de 1887, según los cuales, ‘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. Esta regla favorece a los reos condenados que estén sufriendo su condena’.

‘La nueva ley que quita explícita o implícitamente el carácter de delito a un hecho que antes lo tenía, envuelve indulto y rehabilitación. Si la ley nueva disminuye la pena corporal y aumenta la pecuniaria, prevalecerá sobre la ley antigua. Los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna’.

“También el artículo 12 del C. P. vigente cuando se cometió el delito, dispuso:

‘Para que pueda aplicarse una pena, por cualquier hecho u omisión, es preciso que haya sido señalada por la ley preexistente. No obstante, si la pena fuere disminuida por ley posterior, se aplicará la nueva; y si fuere cambiada, el reo puede escoger entre las dos leyes la que mejor le convenga. Si la ley posterior suprime la pena, no puede aplicarse la que señalaba la anterior, y se entiende rebajado lo que les falte a los que la están cumpliendo’.

“Según estas disposiciones y por cuanto el nuevo C. P. en el caso de González, que es el artículo 29 de esta ley, no fija ninguna de las penas mencionadas en su artículo 41, sino las medidas de seguridad que detalla el artículo 61 de allí, entiendo que por ser estas medidas las señaladas por la ley posterior, deben aplicarse éstas en el caso de que se considerara responsable a González, estimando tales medidas como pena de menor intensidad que la que fijaba el artículo 600 aplicado por el Tribunal de acuerdo con la ley anterior, y porque, en mi carácter de apoderado de González, ‘estimo que es la disposición que más le conviene’.

La infirmación del fallo por la circunstancia de ser el reo un indígena no civilizado; las alegaciones de las partes, y los dictámenes médicos producidos después de la casación, suscitan serios interrogantes:

¿Según aquellos dictámenes deberá considerarse al indígena José Domingo González como no civilizado?

En caso afirmativo, ¿habrá de quedar fuera del derecho común del país, y esto aun tratándose de un reo de homicidio

que el Tribunal de instancia consideró sancionable con la pena de nueve años de presidio?

¿Nada tendrá que hacer respecto de él la justicia ordinaria, sino absolverlo?

Y por último, la nueva legislación penal, que hace responsable a "todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal" (artículo 11 del Código de 1936) y que establece las medidas de seguridad para los psíquicamente anormales ¿no habrá venido a modificar tácitamente o al menos a complementar las leyes de 1890 y 1892 que sustrajeron de la legislación a "los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada?"

La Corte, para dictar el fallo de instancia que reemplace al infirmado, en el presente negocio, procede a resolver el problema a la luz de los dictámenes médicos emitidos en cumplimiento de lo dispuesto por la sentencia de casación.

Como ya se dijo, los estudios periciales llevados a cabo después de la casación no colocan a González en ninguno de los casos de irresponsabilidad contemplados por el artículo 29 del Código Penal de 1890.

A este sindicado se le juzgó con la plenitud de las formas propias del juicio por jurados y ellos lo consideraron y declararon responsable.

En tales condiciones no sería razonable sostener que, a pesar de todo, esté fuera de la órbita de la ley penal; y tanto la justicia como los intereses de la defensa social exigen que el caso se decida de acuerdo con los principios normativos de aquella ley.

Estima la Sala que está en lo cierto el señor abogado de González cuando sostiene que en el caso de no considerar irresponsable a este indígena, debe aplicársele el Código de 1936, como más benigno que el de 1890.

Y puesto que los dictámenes periciales no permiten reputar al procesado como una de aquellas personas que el viejo Código declaraba excusables y no sujetas a pena, se impone la necesidad de compa-

rar los dos códigos para saber cuál es el más favorable al reo.

Ahora bien: si según el de 1890 debía condenársele a una pena aflictiva que los juzgadores fijaron en nueve años de presidio; y si con el nuevo código pueden aplicársele las medidas de seguridad que su abogado propone, las cuales no son aflictivas, son más provechosas para González y aun pueden resultar de más corta duración que la pena, no hay duda de que la ley penal de 1936 es más favorable al reo.

Como indígena puro que es y no civilizado, no debe tratársele con todo el peso del rigor legal, máximo con el de un código como el de 1890 conforme al cual ha de medirse la sanción de acuerdo con el grado de responsabilidad moral del agente.

Según lo sugirió el propio defensor o apoderado del reo al sustentar el recurso de casación, si alguna vez resulta indicada la aplicación de medidas de seguridad en vez de pena aflictiva es en casos como este, no sólo en concepto de ser la solución más benigna o favorable al reo, sino por cuanto se trata de un procesado a quienes los jueces de instancia, los jurados y los médico-legistas no consideran irresponsable y a quien debe reputarse peligroso y sujeto que requiere, por definición, que se le apliquen aquellas medidas, como las más adecuadas para adaptarlo a la vida social.

Asimilable este reo a un retrasado o a un deficiente mental, lo que permite evitarle la rigurosa sanción de nueve años de presidio que impuso el Tribunal sentenciador queda por examinar qué clase de medida de seguridad puede aplicársele.

El retrasado mental podría considerarse, desde el punto de vista pedagógico, en situación más análoga a la del menor de edad que a la del afectado por anomalía psíquica.

Pero esta clasificación, no exenta de empirismo, ofrecería, por otra parte, graves inconvenientes en cuanto a la clase

o especie de medida de seguridad aplicable, pues sería insólito enviar a un reformatorio de niños o de adolescentes a un reo como el indígena González.

Por consiguiente entre las medidas de seguridad de que trata el artículo 61 del nuevo código, la indicada para este caso es la reclusión en una colonia agrícola especial.

Respecto de esta clase de medidas de seguridad no puede fijarse de antemano el máximo de su duración, pues de acuerdo con lo que dispone el artículo 64 del código, "la reclusión en los establecimientos de que tratan los artículos anteriores, subsistirá hasta que el enfermo o intoxicado deje de ser un peligro para la sociedad; pero en ningún caso podrá ser menos de dos años en el manicomio criminal, ni de un año en la colonia agrícola especial".

Sólo es dable, pues, determinar el mínimo imponible que, para el caso concreto de González, en manera alguna podría coincidir con el mínimo de un año consentido por la ley, si se tienen en cuenta la gravedad del hecho delictuoso y las circunstancias que lo acompañaron.

El reo aprovechó la indefensión de Gorgonio Palacio en los momentos del delito, y obró de manera bien sorpresiva y en la forma insidiosa de darle un abrazo a su víctima asegurando así mejor el golpe.

Las circunstancias de tiempo, lugar y modo denotan, pues, insensibilidad moral

en este delincuente quien ha revelado considerable peligrosidad no sólo por la acción criminosa en sí misma sino también

En mérito de todo 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 El indígena José Domingo González, responsable de la muerte violenta de Gorgonio Palacio, será recluso por un tiempo no menor de cuatro años, y hasta que deje de constituir un peligro para la sociedad, en la colonia agrícola especial que señale el gobierno;

2º Ese término mínimo de cuatro años empezará a contarse a partir de la fecha en que el reo ingrese en dicha colonia agrícola y su reclusión allí, cumplidos los cuatro años, no podrá cesar sino en la forma prevenida por el inciso final del artículo 64 del Código Penal de 1936;

3º El reo José Domingo González queda obligado a pagar la indemnización de los perjuicios causados por el delito: el monto o cuantía de ella deberá determinarse en la forma legal.

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., Secretario.



HOMICIDIO.—NULIDAD DE PROCEDIMIENTO POR CUANTO LA AUDIENCIA SE SURTIÓ SIN QUE EL REO ESTUVIESE ASISTIDO POR DEFENSOR.

La sentencia que condena a un reo indefenso por ser incapaz de defenderse él mismo y por carencia de abogado que le asista, es violatoria no sólo de la ley procedimental común sino, además, de la garantía constitucional. La Carta no es simple norma doctrinaria sino también eficaz seguridad de los derechos fundamentales de la persona humana.

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

(Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo).

Adán Alarcón, sentenciado a nueve años de presidio por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, como responsable de la muerte violenta de Cristina Castro, recurrió en casación invocando al efecto las causales 1ª y 4ª de la Ley 118 de 1931, aunque sin fundamentar el recurso ni enunciar siquiera los motivos que tuviese para acogerse a aquellas causales.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, con la facultad que le da el artículo 6º de aquella ley, alega y sustenta otra causal, a saber, la de hallarse viciado de nulidad el procedimiento por cuanto la audiencia ante el jurado se surtió sin que el reo estuviese asistido por su defensor.

Dice así el señor agente del Ministerio Público:

“A la audiencia pública, que tuvo lugar el 24 de mayo de 1939, no concurrió el defensor de Alarcón, quien estuvo de esa manera abandonado en un momento que era decisivo para su suerte.

“El abogado encargado de la defensa de

Alarcón, con fecha 30 de junio de aquel año, explicó su ausencia del debate oral con un certificado médico que afirma que desde el 24 de mayo se hallaba enfermo.

“Lo cierto es que Alarcón, según se desprende del expediente, es un hombre extremadamente ignorante e incapaz de intentar siguiera una defensa ante el jurado. Teniendo en cuenta este factor y el deseo persistente de la ley de que los procesados estén asistidos por personas entendidas y expertas en las ciencias jurídicas, debe concluirse que el recurrente careció de defensa y fue condenado sin que se le hubieran dado las garantías constitucionales y legales a que tenía derecho.

“La ausencia del defensor equivalente en la práctica a la falta de notificación del auto en que se señaló día para la celebración del juicio (numeral 5º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887).

“El juicio adolece, por consiguiente, de una nulidad sustancial.

“Sobre este mismo tema existe jurisprudencia de la Corte”.

La Corte considera:

Los artículos 264 y 265 de la Ley 57 de 1887 dicen cuáles son los motivos de nulidad en los procesos penales; y entre ellos no aparece enunciado específicamente el hecho de la no concurrencia del defensor a la celebración del juicio. En cambio están erigidas como causales de nulidad ciertas irregularidades que aparentemente son de pura forma.

Pero bien examinado el asunto se encuentra que si la ley considera la falta de una simple notificación del auto de enjuiciamiento o del que abre la causa a pruebas como motivos de nulidad, ha tenido en cuenta para ello no el simple va-

lor ritual de la formalidad omitida, sino lo que esa omisión representa sustancialmente en el juicio.

Así: causa nulidad el hecho de no haberse notificado el auto de proceder, porque implica la prosecución de un juicio sin el dato fehaciente de que al reo se le ha planteado el pliego de cargos que contra él formula el poder social; y la omisión en notificar el auto de apertura a pruebas o del que señala día para la audiencia pública hacen nulo el juicio no precisamente como sanción por haberse omitido la respectiva ritualidad, sino por cuanto la falta de aquellas notificaciones permite inducir con todo fundamento que al reo no se le ha dado la plenitud de medios para su defensa de acuerdo con la garantía constitucional.

La notificación del auto que señala día y hora para la audiencia no tiene por único ni siquiera principal motivo que el reo sepa cuándo se le va a juzgar, sino que, sabiéndolo, pueda defenderse.

La audiencia, en el procedimiento civil puede darse por surtida, o presumirse que las partes han renunciado tácitamente a ella sin afectar, por eso, el derecho de defensa; y a veces, en asuntos penales, cuando ha de efectuarse ante juzgadores de derecho, ya en primera o ya en segunda instancia, suele ser, en la práctica, una simple diligencia, no esencial en el procedimiento y a la cual no concurren las partes quizá porque en esa clase de procesos estiman los interesados que sus razones pueden ser apreciadas mejor si las presentan por escrito y así, prescinden generalmente de aquella formalidad, considerándola casi superflua, sin que sufra quebrantos la defensa del reo con esa omisión, porque el juez, al fallar, está obligado a analizar detalladamente los argumentos que se le hayan propuesto en los alegatos llevados al expediente.

Algo muy distinto ocurre en el juicio por jurados: el episodio decisivo en ese procedimiento es, cabalmente, la audiencia; se hace allí el análisis de las pruebas y de los argumentos en la forma viva

de un debate oral, ante jueces que deciden en conciencia y sin dar las razones de su veredicto.

Dadas tales circunstancias, ni puede concebirse el juicio por jurados sin audiencia, ni puede considerarse normalmente celebrada ella cuando las partes no han podido estar presentes, ya que la decisión ha de proferirse inmediatamente después de terminado aquel acto, y puesto que los jurados suelen formar su juicio no por la simple lectura del expediente, sino, más bien, en virtud de las razones e impresiones producidas por el debate oral.

La causal segunda de casación que trae la Ley 118 de 1931 estriba en "ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley".

Podría preguntarse: si es motivo de nulidad sustancial no haberse notificado el auto que señala día para la celebración del juicio ¿no lo será también el hecho de haberse llevado a cabo la audiencia sin que el reo haya tenido la asistencia de un defensor, en un caso como el de Adán Alarcón, en que, al decir del señor Procurador "el reo es un hombre extremadamente ignorante e incapaz de intentar siquiera una defensa ante el Jurado"?

Y no cabría arguir en contra que las nulidades, como toda excepción, están enumeradas de modo taxativo en la ley, sin que sea dable extenderlas por analogía a casos no contemplados por la ley con absoluta precisión.

Dice la Constitución Nacional:

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante el Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio". (Artículo 22 que redujo el artículo 26 de la Carta de 1836).

Entre las formas propias del juicio penal, de las más importantes son aquellas que se refieren al ejercicio efectivo del derecho de defensa, bien sea que el inculgado lo haga por sí mismo, cuando tenga

aptitud para ello, bien lo haga por medio de un abogado.

La sentencia que condena a un reo indefenso, ya provenga la indefensión de la incapacidad de éste, ya de la carencia de abogado que le asista, es violatoria no sólo de la ley procedimental común sino también de la garantía constitucional.

La Carta no es una simple norma sino, al propio tiempo, garantía eficaz de los derechos fundamentales de la persona humana. Por algo estatuyó el legislador que en procesos penales será motivo de casación la ocurrencia de una nulidad "sustancial" en el procedimiento.

¿No será talvez la más notoria en que pueda pensarse aquella irregularidad del procedimiento consistente en dar por celebrada una audiencia sin oír al reo por ser incapaz de hacerse oír, ni al defensor que lo dejó desamparado en aquel acto?

Claro está que no podría exagerarse el alcance de esta doctrina hasta el punto de considerar que en todo caso será nulo un juicio por el solo hecho de que el defensor no haya estado presente en la audiencia.

Puede acontecer en algunos procesos que las partes descuiden su derecho de presentarse a la celebración del juicio; y no sería imposible que, por uno u otro interés ajenos a los de la justicia, se propusieran alargar indefinidamente la secuela del proceso, adoptando como sistema la negligencia.

A evitar esos métodos de entorpecer la terminación de los juicios tienden disposiciones como la del artículo 287 de la Ley 57 de 1887, que ordena llevar a cabo la audiencia aun cuando el fiscal y el defensor no concurren, e imponerles multa por su renuncia.

El uso prudente y efectivo de la multa conminatoria y, si ella no fuere suficiente, la oportuna sustitución del defensor que no ha cumplido con su deber, procurarán que el reo no resulte indefenso en la audiencia y evitarán la necesidad de llegar al extremo que contempla el precitado artículo 287.

Pero esta disposición, aplicada sin ha-

ber ensayado aquellos otros medios de garantizar la defensa del reo, no es bastante para sanear, en caso como el de Adán Alarcón, que hoy estudia la Corte, la condenación de un hombre incapaz de intentar siquiera su defensa y sin amparo alguno de abogado en el momento más trascendental del proceso.

Sobra decir que la Corte no ha tenido en cuenta para emitir este fallo el hecho que ha sido materia del juicio; y que, dada la índole del recurso de casación, ha circunscrito su estudio únicamente al punto propuesto por el señor Procurador sobre nulidad de la audiencia.

En virtud de los considerandos que preceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con la opinión del señor Procurador General y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1º Invalídase la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo fechada el once de septiembre de mil novecientos treinta y nueve, que impuso a Adán Alarcón la pena principal de nueve, años de presidio como responsable de la muerte violenta de Cristina Castro.

2º Declárase nulo el procedimiento en este juicio desde la audiencia ante el Jurado:

3º Como el personal de jurados que allí actuó está impedido para intervenir de nuevo en esta misma causa (numeral 5º del artículo 243, Ley 57 de 1887), los efectos de la anulación decretada se retrotraen al sorteo general de jurados;

4º En consecuencia se ordena reponer la actuación desde el señalamiento de día y hora para el sorteo general de jurados a fin de que se haga uno nuevo.

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., Secretario.

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO EN FAVOR DEL MAGISTRADO GUILLERMO HANSSSEN POR LOS CARGOS QUE LE HIZO EN EL CONGRESO EL REPRESENTANTE JOSE AGUSTIN NORIEGA

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

(Magistrado ponente: Dr. Absalón
Fernández de Soto)

El Representante al Congreso doctor José Agustín Noriega, en sesión pública de la Cámara del día 25 de agosto de 1939, formuló grave acusación contra el Magistrado del Tribunal Superior de San Gil, doctor Guillermo Hanssen.

El señor Ministro de Gobierno, quien estaba presente en la sesión, pidió a la Corte abriera la investigación del caso. Con su solicitud envió un telegrama del acusado doctor Hanssen, en el cual expresa su deseo de que se esclarezcan los hechos y se nombre un investigador especial, de acuerdo con el ofrecimiento que el señor Ministro hizo a la Cámara.

Por tratarse de cargos hechos a un Magistrado de Tribunal Superior, relacionados con el ejercicio de sus funciones, y cuyo conocimiento corresponde privativamente a la Sala Penal de la Corte, se dispuso abrir la investigación. Esta se adelantó con la activa colaboración de los Jueces de Instrucción Criminal de la Policía Nacional, y se ciñó en un todo a las reglas del nuevo Código de Procedimiento Penal.

La parte del discurso del Representante Noriega, que sirvió de base al informativo, es la siguiente, tomada de la versión taquigráfica que el señor Ministro de Gobierno envió a la Corte:

“Sucede, señor Ministro y honorables Representantes, que en uno de los Juzgados del Circuito del Socorro, el doctor Lu-

cas Caballero, Presidente del Directorio Liberal Nacional —y esto lo digo para que se vea que no vengo movido por razones políticas, sino pensando en los altos intereses de la justicia— inició un valioso pleito contra la poderosa compañía denominada Empresa Industrial Franco-Belga. La empresa extranjera empezó por querer burlar la acción de la justicia colombiana haciendo una venta simulada y ficticia de sus bienes. Pero como la venta no tuvo cumplido efecto, por haber sido impedido oportunamente el registro de la escritura, continuó el pleito. Entonces presentó la compañía excepción declinatoria de jurisdicción. Se pretende que los tribunales colombianos no pueden conocer del juicio y que don Lucas Caballero tiene que presentar su demanda en Bruselas.

“El Juzgado del Circuito del Socorro declaró infundada la excepción; pero la compañía apeló para ante el Tribunal de San Gil. Correspondió el negocio al Magistrado doctor Guillermo Hanssen y el Tribunal revocó el fallo del Juzgado. Se declaró fundada la excepción, con lo cual se causa un gravamen irreparable al demandante porque, qué recurso le queda al doctor Caballero? Ni siquiera se puede traer el asunto en casación ante la Corte, porque tratándose de asuntos o de autos interlocutorios no existe ese recurso, como lo saben los señores abogados de esta Cámara.

“Eso fue en agosto del año pasado. El doctor Lucas Caballero pidió reposición del auto del Tribunal y transcurrieron nueve meses antes de la elección de nuevos Magistrados, sin que fuera fallado el recurso.

“Ya entonces había en Santander motivo y lugar para las habladurías. Ya entonces se decía que no se fallaba el recurso porque si el mismo Magistrado confirmaba su auto anterior, acaso no sería reelegido en virtud de las influencias que de seguro no hubiera desarrollado el doctor Lucas Caballero, porque sé de su honorabilidad insospechable. Pero el doctor Hanssen pensaba de otra manera.

“Vino la constitución del nuevo Tribunal, el doctor Hanssen fue reelegido, pero ninguno de los anteriores compañeros de Sala quedó con él. Y aquí empieza lo grave del asunto: se verificó el nuevo repartimiento de todos los juicios que cursan en el Tribunal. El reparto se hizo, como es apenas natural, de justicia y de ley, por medio de sorteo. Pero al llegar al pleito del doctor Caballero con la Compañía Franco Belga, el Magistrado doctor Hanssen pidió que no fuera sorteado, sino que se lo dejaran a su conocimiento; así fue convenido. Los Magistrados doctores Guillermo Galvis Galvis, Raimundo Rueda y Jorge Ortiz Agudelo y el Secretario del Tribunal señor Carlos J. Orduz, tendrán que declarar sobre la veracidad absoluta de esta rotunda aseveración que hago.

“Pero hay más: después del repartimiento el doctor Guillermo Galvis Galvis, sigo citando nombres propios porque considero que cuando se trata de cargos tan graves es preciso personificar, dijo a los Magistrados compañeros de Sala del doctor Hanssen que tuvieran mucho cuidado con el asunto de la Franco Belga y lo estudiarán muy bien, que no dieran el voto de confianza que ordinariamente acostumbra los Magistrados para sus proyectos de sentencias, porque el doctor Guillermo Hanssen había sido sobornado por la empresa extranjera para conseguir un fallo favorable. Idéntica manifestación le hizo al Magistrado Ortiz Agudelo el Secretario del Tribunal señor Carlos J. Orduz, liberal caracterizado. Que se reciban las declaraciones de los doctores Galvis Galvis y Orduz.

“Y todavía hay más: los Dres. Galvis Galvis y Orduz le manifestaron al Magistrado Dr. Ortiz Agudelo, compañero de Sala del Dr. Hanssen, que el doctor Narciso Torres Meléndez, Magistrado integérrimo, miembro del Tribunal anterior, también había recibido la información del soborno y había expresado que si el asunto volvía a su conocimiento tendría que estudiarlo con sumo cuidado y esmerada atención, sin darle por consiguiente voto de confianza al doctor Hanssen para su proyecto.

“Y sigamos adelante: en el Circuito Judicial del Socorro existen dos jueces civiles, uno liberal y otro conservador. Tradicionalmente han sido repartidos así. El liberal, naturalmente sería nombrado bajo la influencia muy inmediata del Magistrado doctor Hanssen. Pero se quiso tener el otro Juzgado civil, el Juzgado conservador. Y entonces qué se hizo? Se nombró un Juez conservador pero se le arrebató al Magistrado minoritario el derecho de designarlo, siendo elegido el que el doctor Hanssen quiso, imponiéndoselo al representante del conservatismo en el Tribunal.

“El honorable Representante Calle Machado: —Ese Juez se apellida Navas Navarro?

“El orador: —No, honorable Representante, se llama Félix Padilla. Pero aún hay más: se hizo nombrar Secretario del Juzgado al suegro del doctor Hanssen. Para qué? Para que si el negocio del doctor Lucas Caballero tuviere, por cualquier circunstancia, que volver a los Juzgados del Socorro, contar con posiciones en ambos”.

Como se ve, a través de la información presentada a la Cámara por dicho Representante, éste hace al Magistrado Hanssen el cargo de haber sido sobornado por la Sociedad Industrial Franco Belga para obtener fallo favorable a sus intereses en el juicio civil que contra ella promovió la sociedad colectiva de comercio “Caballero Hnos.”

Los hechos que sirvieron de base a la acusación son, en resumen:

a) Que por la época en que el Tribunal de San Gil decidió el incidente de excepciones en el juicio civil incoado por Caballero Hermanos contra la Sociedad Franco Belga hubo rumores de sospecha contra la honorabilidad del Magistrado ponente doctor Hanssen, hasta el punto de que sus colegas hicieron en el seno del Tribunal manifestaciones sobre la necesidad de obrar con cautela en el estudio del proyecto que el mismo Magistrado debía presentar para resolver la reposición del fallo, pedida por el apoderado de los demandantes.

b) Que debiéndose hacer nuevo reparto de los asuntos en curso con motivo de los cambios ocurridos en el personal de Magistrados del Tribunal para el período que empezó el 1º de mayo de 1939, el Magistrado doctor Hanssen pidió y obtuvo de sus colegas de Tribunal que no fuera sorteado el expediente relativo al expresado juicio civil, "para que se lo dejarán a su conocimiento", estando pendiente la reposición del auto del Tribunal de 19 de agosto de 1938.

c) Que correspondiendo al Magistrado minoritario del Tribunal el derecho de postular candidato para uno de los dos Juzgados civiles del Circuito del Socorro, fue elegido el candidato "que el doctor Hanssen quiso, imponiéndoselo al representante del conservatismo en el Tribunal".

d) Que elegido mediante tal imposición Juez Civil del Circuito del Socorro el doctor Félix Padilla, se le hizo nombrar Secretario de ese Juzgado al suegro del doctor Hanssen, señor Augusto Villamizar, con el fin de lograr una posición favorable a los intereses de la compañía demandada.

Siguiendo el orden de los cuatro puntos anteriores, se pasa a examinar el resultado de la investigación. Pero antes conviene reproducir las comunicaciones que el acusado, la Sociedad Franco Belga y los funcionarios citados en el referido

discurso enviaron a varias entidades oficiales de la capital tan pronto como se enteraron de la acusación.

El Magistrado Hanssen dirigió los siguientes telegramas:

"San Gil, agosto 28/39. — Presidente Cámara Representantes.— Bogotá.— Enterado cargos lanzó Representante Noriega contra Magistrados mayoría San Gil, especialmente contra mí, véome obligado manifestar esa alta corporación trátase una calumnia engendrada por el odio y la inescrupulosidad. En juicio promovido doctor Lucas Caballero contra Sociedad Franco Belga en Juzgado Primero Socorro, hoy a cargo doctor Ramiro Gómez, propusiéronse excepciones dilatorias cuya decisión fue apelada, repartida Tribunal de que yo ya era Magistrado en propiedad, el cuatro de marzo del año próximo pasado; entró asunto despacho 26 mismo mes y fue fallado incidente diez y nueve agosto mismo año en providencia publicada Revista Tribunal que repartióse profusamente para conocimiento profesionales, Jueces, Tribunales, Corte, academia y colegios de abogados. Auto decisorio excepciones fue estudiado, suscrito por mis colegas de Sala doctores Guillermo Galvis Galvis y Narciso Torres Meléndez. Aquí puede verse inepticia cargos cohecho, demora asunto para provocar reelección, pues negocio fue fallado por tres Magistrados muchos meses antes renovación personal Tribunales, que efectuóse este año. Ahora hállase en reposición al despacho desde diez y nueve junio último. Cuanto nombramiento doctor Félix Padilla, Juez conservador, para preparar terreno cuando vuelva expediente; constituye otra impostura. Nombrósele Juez Segundo Civil Circuito Socorro porque Tribunal consideró de más conveniencia esta designación que candidato aspiraba doctor Noriega, según sus planes. Pero negocio doctor Caballero no corresponde a ese Juzgado sino al primero donde inicióse. Sorpréndeme conducta Representante Noriega que sabiendo había en donde él ejerce profesión un Ma-

gistrado venal, y prevaricador no delató Asamblea cuando tratábase confección ternas, ni denunció Corte época nombramientos, ni menos llevó a autoridades investigadoras haciéndose encubridor sus delitos. He pedido Ministerio Gobierno investigador especial esclarezca hechos, deduzca responsabilidades, ya que mis actuaciones judiciales resisten el más severo análisis. Ruégole hacer leer este telegrama en sesión pública guarda buen nombre Tribunal pertenezco. — Servidor, Guillermo Hanssen”.

“San Gil, agosto 28/39.—Ministro Gobierno. — Bogotá. — Por prensa esa acabo informarme Representante Noriega formulóme cargos cohecho, prevaricato al decidir incidente excepciones dilatorias en negocio propuesto Juzgado Primero Circuito Socorro por doctor Lucas Caballero contra Sociedad Franco Belga. Puesto que pretendidas afirmaciones envuelven cargos descomposición actual régimen liberal, maculan administración justicia este Departamento hasta ahora libre de calumnias de tal naturaleza, lesionan gravísimamente patrimonio moral mío, demás colegas estudiaron, suscribieron providencia, ruégole encarecidamente díguese enviar funcionario especial emprenda severísima investigación para esclarecer hechos, deducir responsabilidades, ya que integridad poder judicial no puede quedar en tela de juicio ni ponerse al alcance de bajas pasiones o de desahogos personales y políticos. Así prometió Su Señoría sesión Cámara. Toda mi vida privada y mis actos como Juez y Magistrado póngolos desde este momento disposición justicia cuyo fallo espero ansioso y tranquilo para poder en su hora manifestar bajos móviles animan Representante Noriega semejante campaña de difamación. — Atentamente, Guillermo Hanssen”.

Por su parte la Sociedad Industrial Franco Belga dijo al Procurador General de la Nación:

“Señor Procurador General de la Nación. — En la sesión celebrada el día viernes último por la honorable Cámara

de Representantes, el señor doctor José Agustín Noriega formuló al Tribunal Superior de San Gil la acusación inusitada y gravísima de haberse dejado sobornar por la “Sociedad Industrial Franco Belga” a fin de que se pronunciara sentencia favorable a la tesis jurídica sostenida por la Compañía en el juicio promovido contra ella por los señores Caballero Hermanos.

“Si la acusación no se hubiera formulado en la honorable Cámara y ante el señor Ministro de Gobierno no se le hubiera dado importancia alguna, en primer lugar porque son bien conocidas las actuaciones políticas del señor Noriega y en segundo lugar porque no hay colombiano que se atreva a aceptar sin menoscabo del prestigio del órgano judicial y sin ofensa grave al decoro de la Patria, que todo un Tribunal sea capaz en Colombia de traicionar los intereses de la justicia.

“Pero formulada la acusación por un Representante del pueblo, es deber imperioso de las autoridades esclarecer la verdad y no permitir que por consideración o motivo alguno quede flotando una sombra de duda sobre los magistrados colombianos.

“Desea, pues, la Sociedad Industrial Franco Belga y yo como su representante y vocero en el juicio aludido, pedir al señor Procurador General de la Nación, prosiga la más severa investigación para establecer si se ha cometido el delito de que se acusa a la Compañía y de que se acusa al Tribunal; o si, por el contrario, con la acusación ante la Cámara se pretende sólo ejercer venganzas personales o políticas contra los Magistrados o coaccionarlos a dictar sus fallos en determinado sentido.

“La acusación del señor doctor Noriega es tanto más absurda cuanto que el punto objeto del incidente de que conoce el Tribunal es una cuestión de derecho internacional privado ampliamente definida por la jurisprudencia universal. En Colombia es principio de derecho que la acción de nulidad de una sociedad es una acción personal distinta de la acción rei-

vindicatoria que es acción real subsecuente (C. C., 1748); como consecuencia, la acción de nulidad de un contrato social debe intentarse: en primer término, contra las personas que lo celebraron y no contra la sociedad misma que es un tercero distinto de los socios; y, en segundo término, ante los Tribunales del lugar de origen de la sociedad que son los competentes para conocer la ley local. Nadie aceptaría en Colombia, para resumir en un ejemplo el principio jurídico, ni le daría valor alguno a la sentencia de un Juez de Nueva York que decidiera, en un juicio de nulidad del contrato social del Banco de Bogotá, promovido en aquella ciudad, que tal contrato era nulo, pues esta nulidad sólo la pueden declarar los jueces colombianos.

“En consecuencia de las consideraciones anteriores, en nombre de la Sociedad Industrial Franco Belga y en mi propio nombre solicito de la Procuraduría la más amplia y severa investigación sobre los hechos denunciados por el Representante Noriega a que me he referido en este escrito. — Señor Procurador. — Bogotá, agosto 28 de 1939. — (Fdo.) Julio Martínez Vargas. C. N. 650010”.

El Magistrado doctor Guillermo Galvis Galvis, en mensaje dirigido a la Cámara, expuso:

“San Gil, agosto 28/39. — Presidente Cámara Representantes. — Bogotá.—Declaro enfáticamente que no es cierto que dije a mis colegas del Tribunal entre otros al doctor Raimundo Rueda en presencia de don Carlos Orduz, que le abrieran los ojos al estudio del expediente relativo al pleito entre doctor Lucas Caballero y Compañía Franco Belga, porque el ponente doctor Guillermo Hanssen había sido sobornado. Es, por tanto, absolutamente falsa esa afirmación lanzada por el Representante Noriega en la sesión del veinticinco corrientes, como declaró también doctor Rueda, señor Orduz. — Ruégole ordenar lectura esta comunicación primera oportunidad, fin rectificar especie publicada prensa capitalina. — Servidor, Guillermo Galvis Galvis”.

Corroborando el contenido del despacho anterior, el Magistrado doctor Rueda y el Secretario señor Carlos J. Orduz suscribieron el siguiente telegrama:

“San Gil, agosto 28/39. — Presidente Cámara de Representantes. — Bogotá. — Informados por relación pública “El Liberal”, del sábado pasado sobre afirmaciones hizo Representante Noriega en debate viernes, relacionadas pleito cursa Tribunal entre Compañía Franco Belga y doctor Lucas Caballero, permitímonos manifestar categóricamente que es inexacto que le hayamos oído decir a Magistrado doctor Galvis Galvis lo que el Representante Noriega denuncia en su intervención. Rogámosle ordenar darle lectura sesión pública. — Servidores, Raimundo Rueda, Carlos J. Orduz”.

El Juez 2º Civil del Circuito del Socorro, doctor Félix Padilla, antes de ser judicialmente interrogado, anticipó la siguiente manifestación:

“Socorro, agosto 28/39. — Presidente Cámara Representantes. — Bogotá.—Refiérome atentamente declaraciones Representante Noriega sesión viernes. Despacho mi cargo no ha conocido ni conoce juicio doctor Lucas Caballero contra compañía Franco Belga. — Servidor, Félix Padilla”.

“Socorro, 28 de agosto de 1939. — Presidente Cámara Representantes. — Bogotá. — Adiciónole atentamente anterior hoy. Joaquín Gómez Porrás, Secretario en propiedad este Juzgado, ningún parentesco tiene con Magistrado Hanssen. Servidor, Félix Padilla”.

Ya en el curso de la investigación, los funcionarios citados declararon en forma legal. Al ratificar las comunicaciones que se dejan trascritas, las ampliaron de modo de esclarecer completamente los incidentes y rumores que el Representante Noriega señaló como elementos demostrativos del hecho criminoso por él denunciado.

Se reproduce en seguida el testimonio jurado del Magistrado doctor Guillermo Galvis Galvis. Ratificando ante el fun-

cionario instructor el contenido del telegrama que se deja copiado, expuso:

“Es inexacto que le hubiera dicho a los compañeros de Sala que tuvieran mucho cuidado con el asunto de la Franco Belga, que lo estudiaran muy bien y no le fueran a dar el voto de confianza a su proyecto de sentencia porque el doctor Hanssen hubiera sido sobornado por la empresa extranjera, así lo manifesté enfáticamente en un telegrama que dirigí a la Cámara de Representantes tan pronto como quedé enterado de esta especie lanzada por el Representante Noriega en la Cámara. De modo que ratifico en todas sus partes el telegrama que se me pone de presente y que dice textualmente: (Aquí el referido telegrama). En cuanto al punto f), del mismo auto de la Honorable Corte manifiesto que ignoro que el doctor Narciso Torres Meléndez, Magistrado del Honorable Tribunal en el período pasado, hubiera recibido la información de que el doctor Hanssen hubiera sido sobornado y no recuerdo haberle oído decir que si el asunto volvía a su conocimiento tendría que estudiarlo con sumo cuidado y esmerada atención, sin darle por consiguiente voto de confianza al doctor Hanssen para su proyecto. Es inexacto que hubiéramos puesto en guardia con Orduz, es decir, conjuntamente, al doctor Jorge Ortiz Agudelo, Magistrado de la Sala del doctor Hanssen sobre el hecho de que se viene hablando, es decir, de que el doctor Hanssen hubiera sido sobornado, ni que hubiéramos dicho que igual manifestación haríamos al otro Magistrado doctor Raimundo Rueda. Lo que ocurrió con el doctor Ortiz fue que en alguna ocasión estando él aquí en el salón de audiencias conversando con el suscrito de temas de ordinaria ocurrencia me manifestó que en la calle había oído decir que el doctor Hanssen había sido sobornado por la Compañía Franco Belga, pero sin determinar otras circunstancias sobre el particular. Pero ocurrió que en ese momento alguien interrumpió la charla y pasamos a tratar de otros asuntos enteramente distintos”.

El Magistrado doctor Galvis Galvis niega, pues, que él hubiera hecho las manifestaciones que en el discurso del Representante Noriega se mencionan como suyas.

El Secretario del Tribunal, señor Carlos J. Orduz, infirma también las que a él se le atribuyen. El señor Orduz suscribió con el doctor Raimundo Rueda el telegrama de rectificación que ya se insertó, y en orden a los interrogatorios que le formuló el funcionario instructor, declaró con juramento lo siguiente:

“Preguntado: Quiere usted decir si ocupó algún puesto en el Tribunal Superior de esta ciudad, y en caso afirmativo, cuál fue ese puesto y quiénes integraron el Tribunal mientras usted trabajó allí?

Contestó: Ocupé el puesto de Secretario del Tribunal Superior de esta ciudad en los últimos meses del período antepasado y todo el período pasado y algunos meses del actual. En el período pasado estuve retirado del cargo en dos ocasiones que ocupé el puesto como diputado a la Asamblea. Durante el período pasado fueron Magistrados los doctores Guillermo Galvis Galvis, Roberto Rueda Galvis, Ramiro Gómez Gómez y Guillermo Hanssen M. y Narciso Torres Meléndez, este último como representante de la minoría. Advierto que en el período a que acabo de referirme el doctor Rueda Galvis pasó a desempeñar el cargo de registrador de Vélez y entró a reemplazarlo el doctor Guillermo Hanssen primero como suplente y después en propiedad. En el período actual quedaron como Magistrados los doctores Raimundo Rueda R., Guillermo Galvis G., Guillermo Hanssen M. y Jorge A. Ortiz Agudelo, este último como representante de la minoría, de modo que fueron reelegidos dos Magistrados del período anterior.

Preguntado: Quiere usted decir si en su calidad de Secretario del Tribunal conoció desde su llegada allí el expediente relacionado con el juicio civil instaurado por la Sociedad Caballero Hermanos contra la Sociedad Industrial Franco Belga, y en tal virtud podría relatar los incidentes

tes sobre tal expediente en el tiempo que cursó en el Tribunal?

Contestó: En el año pasado llegó al Tribunal procedente del Juzgado Primero Civil del Circuito del Socorro, a cargo en esa época del doctor Daniel Villarreal, el expediente a que se refiere la pregunta, y también llegaron otras articulaciones del mismo negocio. Uno de los que llegó se refería a unas excepciones que fueron falladas por el Juzgado del Circuito a favor del doctor Caballero, y venía en apelación. Creo que el asunto fue repartido al doctor Rueda y como el doctor Hanssen fue quien reemplazó al doctor Rueda le tocó al doctor Hanssen conocer de todos los asuntos que le habían tocado antes en reparto al doctor Rueda. Siguió conociendo el doctor Hanssen hasta que decidió la apelación revocando el auto del Juzgado del Circuito del Socorro. Posteriormente se pidió reposición de tal fallo la que fue tramitada debidamente y pasó al despacho del Magistrado doctor Hanssen si mal no recuerdo en el mes de octubre del año pasado. Este asunto continuó en el despacho hasta el mes de junio del corriente año y el día trece de dicho mes que tocó reparto general de todos los asuntos por haberse renovado el personal del Tribunal. En esa forma todos los asuntos fueron sorteados debidamente a excepción del expediente a que se refieren estas diligencias, el cual al corresponderle el turno del sorteo el doctor Guillermo Hanssen, Magistrado del Tribunal, en presencia de los doctores Raimundo Rueda, Guillermo Galvis, Jorge A. Ortiz Agudelo, Magistrados del Tribunal, y del señor Luis F. Argüello, oficial mayor del mismo, manifestó que ese asunto ya lo tenía estudiado y que por tanto se le debía adjudicar y los Honorables Magistrados convinieron en ello y de esta suerte el doctor Hanssen continuó conociendo del asunto, el que pasó al despacho el 19 del mismo mes de junio. Con motivo de una publicación que hubo en Bogotá en "El Siglo", y al debate provocado en la Cámara de Represen-

tantes por el señor José Agustín Noriega el Magistrado doctor Hanssen se declaró por esas causas impedido para continuar conociendo del negocio porque se le hicieron fuertes cargos, pero el resto de la Sala no creyó conveniente de acuerdo con disposiciones legales tal retiro y así lo declaró en el proveído correspondiente. Posteriormente en una audiencia de Sala Plena del Tribunal, que el Magistrado doctor Hanssen me hizo leer una relación publicada en "El Liberal" de Bogotá que contenía la información del periódico acerca de los cargos que en la Cámara de Representantes había hecho el señor Noriega contra el Tribunal y que consistían en que el Magistrado doctor Guillermo Galvis Galvis había dicho en presencia del doctor Raimundo Rueda y del que habla que le tuvieran mucho cuidado al doctor Guillermo Hanssen en el asunto de la Franco Belga porque había sido sobornado por esa compañía; como tal afirmación era inexacta con el doctor Rueda pusimos un telegrama a la Cámara de Representantes desvirtuando esa especie.

Preguntado: Ya que habla usted de un telegrama a la Cámara de Representantes en relación con este asunto quiere usted decir si el que se le pone de presente fechado el 28 de agosto del presente año, es el suscrito por usted en asocio del doctor Rueda, y por tanto se ratifica en los términos de dicho documento visto al folio cuatro de estas diligencias? (Se le puso de presente el telegrama en referencia).

Contestó: Si, señor, lo que contiene el telegrama es exacto y fue redactado por el suscrito personalmente y me ratifico en él.

Preguntado: Quiere usted decir si le dijo usted al doctor Jorge A. Ortiz Agudelo algo relacionado con este cargo concreto y de que se habla en la pregunta inmediatamente anterior?

Contestó: Incidentalmente en alguna conversación con el doctor Ortiz Agudelo se trató de este asunto que es del dominio

público aquí en San Gil, pero a mí nada me consta personalmente de este asunto. Quiero dejar constancia de que yo no he hecho afirmación concreta alguna.

Preguntado: Cómo explica usted que el doctor Noriega diga en su denuncia que usted hizo tal manifestación al Magistrado Ortiz Agudelo?

Contestó: Posiblemente por lo que acabo de exponer en el punto anterior, que es del dominio público, y que pudo llegar en esa forma a oídos del doctor Noriega, pero a mí no me consta nada personalmente.

Preguntado: Quiere usted decir si le consta que el doctor Narciso Torres Meléndez también había recibido la información del soborno y había expresado que si el asunto volvía a su conocimiento tendría que estudiarlo con sumo cuidado y esmerada atención, sin darle por consiguiente voto de confianza al doctor Hanssen para su proyecto?

Contestó: No me consta que el doctor Torres tuviera informaciones precisas y que hubiera dicho eso a que se refiere la pregunta.

Preguntado: Cómo se explica que el doctor Noriega en su denuncia haya dicho lo siguiente: "..... los doctores Galvis Galvis y Orduz le manifestaron al Magistrado doctor Ortiz Agudelo, compañero de Sala del doctor Hanssen, que el doctor Narciso Torres Meléndez, Magistrado integérrimo, miembro del Tribunal anterior, también había recibido la información del soborno y había expresado que si el asunto volvía a su conocimiento tendría que estudiarlo con sumo cuidado....."?

Contestó: Me explico sencillamente que lo haya dicho Noriega por todo lo que he expuesto últimamente, o sea, que éste ha sido el plato del día en estas regiones y no se comentaba otra cosa, y si hablé con el doctor Ortiz Agudelo fue como cosa incidental, pero no me consta nada personalmente".

Coincidiendo en lo sustancial con los testimonios del Magistrado doctor Galvis

Galvis y del Secretario señor Orduz, el Magistrado doctor Jorge Ortiz Agudelo declaró lo siguiente por medio de certificación jurada:

"Después de efectuado el reparto general de asuntos en este Tribunal Superior, se acercó a mi despacho el señor Carlos J. Orduz y me hizo la manifestación de que corrían rumores en la calle de que la Sociedad Franco Belga le había dado dinero al doctor Hanssen para que le dictara el fallo a su favor en el pleito que se ventilaba en este Tribunal; en vista de esta manifestación del secretario del Tribunal señor Orduz, le pregunté yo al señor doctor Guillermo Galvis Galvis qué sabía él sobre el particular, a lo cual me contestó que algún rumor había sobre el asunto, pero que a él directamente nada le constaba al respecto".

El otro magistrado de la Sala, en la época de que se trata, fue el doctor Narciso Torres Meléndez. Se dice en el denuncia que este magistrado "también había recibido la información del soborno", según así se lo comunicaron al magistrado doctor Ortiz Agudelo los doctores Galvis Galvis y Orduz y que además "había expresado que si el asunto volvía a su conocimiento tendría que estudiarlo con sumo cuidado y esmerada atención, sin darle por consiguiente voto de confianza al doctor Hanssen para su proyecto".

Al ser interrogado sobre estos puntos, el doctor Torres Meléndez declaró con juramento lo siguiente:

"**Preguntado:** Querría usted decir si es verdad que después de dictado el fallo en el asunto de que se acaba de hablar, fue prevenido usted por el doctor Guillermo Galvis Galvis y por el secretario del Tribunal doctor Carlos J. Orduz acerca de la manera como el doctor Hanssen hubiera dictado dicho fallo, agregándole que dicho magistrado había sido sobornado por la Compañía Franco Belga, lo que motivó el que usted dijera que si le volvía a tocar conocer de tal negocio lo estudiaría con detenimiento y atención y no daría voto de confianza al magistrado doctor

Hanssen sobre el proyecto que presenta, como generalmente se acostumbra?

“Contestó: Después de confirmado el fallo el señor Orduz, secretario del Tribunal, debido a todos los comentarios de prensa y verbales que ocurrieron con el asunto me dijo que debía ponérsele mucho cuidado a la reconsideración que se pedía porque Hanssen podía estar ofuscado para la decisión o hasta influenciado por determinados motivos; el doctor Galvis Galvis tal vez no me dijo nada, pero yo sí le observé al doctor Galvis Galvis que llegado el momento de fallar la reconsideración deberíamos tener especialísimo cuidado en el particular y si necesario hubiera sido hacer un estudio conjunto los dos si hubiéramos de separarnos del proyecto que iba a presentar el doctor Hanssen, ya que la reconsideración necesariamente era de la misma Sala de Decisión y del mismo magistrado ponente. Días después basado en el mismo revuelo que causó el fallo yo le pasé al doctor Hanssen como contribución para el nuevo fallo un memorándum de varios puntos que se debían examinar con cuidadoso detalle y él recibió y guardó el referido memorándum, y de este memorándum hablé también a mi otro colega el doctor Galvis Galvis a quien de efecto le dije que habíamos de estudiar muy despacio y personalmente nosotros cada uno de los puntos del reclamo de los señores Caballero. El señor Orduz no empleó al hablar conmigo y con relación al doctor Hanssen la palabra soborno, pero sí me dio a entender como está memorado que había que ponerle mucho cuidado a Hanssen en la decisión, dándome a entender que sobre él podía haber alguna influencia inhonesta. Agregó en seguida que yo nunca dudé ni he dudado de la honorabilidad del doctor Hanssen para fallar el negocio de los señores Caballero contra la Franco Belga, ya que tengo de este magistrado, mi amigo y compañero, la más alta idea en todo sentido. Después sin que el doctor Hanssen hubiera llevado el proyecto de reconsideración terminó el período de los anteriores magistrados y yo salí del

Tribunal y he continuado oyendo las habladurías sin base ninguna cierta para mí”.

Según se ve, el secretario señor Orduz, en términos vagos, sin emplear la palabra “soborno”, sí le dio a entender al doctor Torres Meléndez “que había que ponerle mucho cuidado a Hanssen en la decisión”, sugiriéndole que sobre el doctor Hanssen “podía haber alguna influencia inhonesta”. Todo esto con base en “los comentarios de prensa y verbales” que por esos días circulaban sobre el asunto. Atendiendo las prevenciones del secretario señor Orduz, el doctor Torres Meléndez le observó a su colega doctor Galvis Galvis que al “fallar la reconsideración” deberían tener “especialísimo cuidado” al respecto y lo invitó a hacer los dos un estudio conjunto de la materia controvertida. Además, “basado en el mismo revuelo que causó el fallo” le pasó al doctor Hanssen “como contribución para el nuevo fallo un memorándum de varios puntos que se debían examinar con cuidadoso detalle”.

Notable es, sin embargo, la diferencia entre la información que el denunciado atribuye al doctor Torres Meléndez y lo que él mismo expone en la declaración transcrita. “Yo nunca dudé —afirma por último el doctor Torres Meléndez— ni he dudado de la honorabilidad del doctor Hanssen para fallar el negocio de los señores Caballero contra la Franco Belga, ya que tengo de este Magistrado, mi amigo y compañero, la más alta idea en todo sentido. Después sin que el doctor Hanssen hubiera llevado el proyecto de reconsideración terminó el período de los anteriores magistrados y yo salí del Tribunal y he continuado oyendo las habladurías sin base ninguna cierta para mí”.

Es notorio que las manifestaciones del doctor Torres Meléndez sobre la necesidad de estudiar con especialísimo cuidado la nueva ponencia del magistrado Hanssen en el asunto de la Sociedad Franco Belga, fueron el resultado de las prevenciones que al respecto le hizo el secretario señor Orduz.

¿Sabía el señor Orduz algo concreto que hiciera sospechosa la actuación del magistrado Hanssen?

Se recordará que, precisado para que expusiera lo que hubiera informado al doctor Jorge Ortiz Agudelo, declaró que "incidentalmente en alguna conversación con el doctor Ortiz Agudelo se trató de este asunto que es del dominio público en San Gil" y completa su breve explicación así: "pero a mí nada me consta personalmente de este asunto". "Quiero dejar constancia —agrega— que yo no he hecho afirmación concreta alguna".

Y al ser interrogado por el funcionario instructor sobre si tenía conocimiento de las informaciones recibidas por el doctor Torres Meléndez, se expresó en los siguientes parecidos términos:

"Preguntado: Quiere usted decir si le consta que el doctor Narciso Torres Meléndez también había recibido la información del soborno y había expresado que si el asunto volvía a su conocimiento tendría que estudiarlo con sumo cuidado y esmerada atención, sin darle por consiguiente voto de confianza al doctor Hanssen para su proyecto?

"Contestó: No me consta que el doctor Torres tuviera informaciones precisas y que hubiera dicho eso a que se refiere la pregunta.

"Preguntado: Cómo se explica que el doctor Noriega en su denuncia haya dicho lo siguiente: '.....los doctores Galvis Galvis y Orduz le manifestaron al magistrado doctor Ortiz Agudelo, compañero de Sala del doctor Hanssen, que el doctor Narciso Torres Meléndez, magistrado íntegro, miembro del Tribunal anterior, también había recibido la información del soborno y había expresado que si el asunto volvía a su conocimiento tendría que estudiarlo con sumo cuidado?'"

"Contestó: Me explico sencillamente que lo haya dicho Noriega por todo lo que he expuesto últimamente, o sea, que este ha sido el plato del día en estas regiones y no se comentaba otra cosa, y si hablé con el doctor Ortiz Agudelo fue como co-

sa incidental, pero no me consta nada personalmente".

Oígame, finalmente, lo que dice el magistrado Hanssen en su indagatoria, refiriéndose a la intervención del señor Orduz en estos incidentes:

"Preguntado: Cómo se explica usted la causa por la cual el señor Carlos J. Orduz, secretario del Tribunal Superior de San Gil en el período pasado y según consta de la declaración rendida por el doctor Narciso Torres Meléndez, magistrado que fue del Tribunal de San Gil en el período pasado, manifestara al referido doctor Torres Meléndez, después de firmarse el fallo de que se viene hablando, que debía ponerse mucho cuidado a la reconsideración que se pedía sobre dicho fallo porque el doctor Hanssen, magistrado ponente en dicho asunto, podía estar ofuscado para la decisión de él, o influenciado por determinados motivos?

"Contestó: En primer lugar no puedo explicarme qué causas haya tenido el señor Carlos J. Orduz para expresarse en esa forma, pues fácilmente se comprende que es imposible llegar hasta los pensamientos íntimos y suposiciones que cualquiera persona quiera hacerse o formarse con respecto a determinado asunto, máxime cuando el señor Orduz como pudiera constatar en este departamento es muy dado a la maledicencia y a roer por cuantos medios, estén a su alcance la reputación de las gentes. Parece que ese sea su plato favorito. En segundo término el señor Orduz ha sido persona que ha tratado de disminuir mi buen nombre de todas las maneras posibles; siempre ha sido un enemigo solapado de mi persona. Es posible también que el Sr. Orduz tuviera algún interés en que el pleito se fallara favorablemente al doctor Caballero, tal vez por amistad de vieja data que los une, pues por otro lado el señor Orduz creo que estaba encargado de darle noticias al doctor Caballero sobre el curso del pleito, lo cual deduzco de una carta firmada por don Lucas para el señor Orduz en ese sentido, carta que el propio Orduz me mostró y cuya contestación

también ví personalmente y vieron mis compañeros del Tribunal. Sobre los motivos íntimos que tenga el señor Orduz para hacer comentarios de la naturaleza del manifestado al doctor Torres Meléndez declaro que me es imposible alcanzarlos”.

Se han examinado hasta aquí los testimonios de los funcionarios que, según el discurso-denuncio, hicieron o recibieron manifestaciones en el sentido de que el magistrado Hanssen había sido sobornado por la mencionada compañía. La verdad es que los testigos citados niegan haber dicho u oído nada en concreto. Inclusive el secretario señor Orduz, tan frecuentemente aludido por los declarantes como la persona que puso en guardia a los magistrados contra la actuación del magistrado Hanssen, niega rotundamente las manifestaciones que se le atribuyeron como propias y remite “al dominio público” o “al plato del día” el origen de las informaciones suministradas a la Cámara por el representante Noriega. Tales fueron los resultados de esta parte de la investigación.

Adjudicación del expediente al magistrado Dr. Hanssen

Véase ahora, concretamente, lo relativo a la solicitud del magistrado Hanssen para que no se sometiera a nuevo reparto el juicio contra la Compañía Franco Belga.

Habiendo ingresado a la Sala Civil del Tribunal de San Gil, con motivo del nuevo período judicial, magistrados distintos de los que actuaron en el período anterior, —no quedando en ella sino el magistrado Hanssen—, se procedió a hacer el reparto de los negocios en curso. Este se hizo por medio de sorteo. “Pero —dice el denunciante— al llegar al pleito del doctor Caballero con la Compañía Franco Belga, el magistrado doctor Hanssen pidió que no fuera sorteado sino que se lo dejaran a su conocimiento: así fue convenido. Los magistrados doctores Guillermo Galvis Galvis, Raimundo Rueda y Jorge Ortiz Agudelo y el secretario del Tri-

bunal señor Carlos J. Orduz tendrán que declarar sobre la veracidad absoluta de esta rotunda aseveración que hago”.

Este incidente lo explican así los funcionarios citados:

El magistrado Galvis Galvis: “Después de la instalación del nuevo Tribunal en el mes de junio del presente año y cuando se ofreció el nuevo repartimiento de todos los negocios que cursan, recuerdo que aquí en la secretaría y en presencia de los demás magistrados el Dr. Hanssen manifestó que en su concepto no había necesidad de someter a nuevo repartimiento el asunto de la Franco Belga porque él tenía adelantado el estudio para formular el respectivo auto de reposición que había de recaer a la petición solicitada por el apoderado de la sociedad Caballero Hermanos. En vista de aquello, no viendo en aquello (sic) malicia de ninguna clase, recuerdo también que se le manifestó que perfectamente podía adjudicársele el repartimiento a fin de que le fuera adjudicado y entiendo que así se hizo”.

A una pregunta para que dijera si al practicarse el nuevo repartimiento del asunto de que se trata, ya existía el rumor en el público de las posibles influencias de la Franco Belga sobre el doctor Hanssen, o si por lo menos ese rumor era conocido por el Tribunal o particularmente por el declarante, el doctor Galvis Galvis contestó:

“Ignoro si ya estuviera circulando el rumor de que trata la anterior pregunta cuando se verificó el repartimiento general de los negocios del Tribunal que acababa de instalarse para el nuevo período, e ignoro también si los demás compañeros de la corporación conocían el mismo rumor. Lo que puedo decir al respecto es que no recuerdo si a mis oídos hubiera llegado alguna especie de esta naturaleza. Cuando yo vine a saber algo de lo expuesto fue cuando me trató el punto el doctor Ortiz Agudelo y luego por una correspondencia que publicó *El Siglo* de Bogotá fechada aquí en San Gil y por los debates provocados por el representante No-

riega en la Cámara, todo lo cual con posterioridad al repartimiento de que se habló atrás”.

El magistrado Raimundo Rueda: “... No recuerdo exactamente que el doctor Guillermo Hanssen solicitara el seguir conociendo del asunto de la Franco Belga; lo que sí recuerdo es que al proceder al repartimiento se habló entre los cuatro magistrados sobre la conveniencia de que el doctor Guillermo Hanssen fuera quien continuara conociendo del asunto de la Franco Belga por cuanto que se trataba de un negocio que él conocía muy bien porque le había correspondido en el repartimiento primitivo y por mediar además la circunstancia de estar pendiente un recurso de reposición contra un auto que él mismo había dictado”.

Preguntado sobre si cuando se hizo dicho reparto ya circulaban rumores acerca de la posible influencia de la Compañía sobre el ánimo del doctor Hanssen, contestó:

“Cuando ocurrió este incidente de repartimiento que fue a raíz de mi entrada al Tribunal, yo estaba recién llegado a San Gil, o hacía pocos días que estaba ejerciendo aquí porque antes me hallaba en Bogotá; en todo caso no había oído en el Tribunal ni fuera de él, comentario alguno en relación con el pleito de Caballero Hermanos contra la Sociedad Industrial Franco Belga y en el cual estuviera mezclado el nombre del doctor Hanssen; si así hubiera ocurrido indudablemente habíamos procedido en otra forma para evitar suspicacias. Más tarde cuando ya se comenzó el comentario y se habló en la prensa y en la Cámara de Representantes del asunto, el mismo doctor Hanssen — como consta en el expediente — se declaró impedido para seguir conociendo del negocio alegando que alrededor de él se habían tejido torcidas y calumniosas sugerencias, publicadas en la prensa y que él quería que su imparcialidad quedara plenamente a salvo, dando oportunidad a que otros Magistrados estudiaran ese mismo asunto. Este incidente fue resuelto por los otros dos miem-

bros de la Sala, doctor Jorge Ortiz Agudelo y el que habla, en forma adversa a la solicitud del doctor Hanssen, por cuanto que no hallamos entre las causales de impedimento que la ley reconoce figura la enunciada por el doctor Hanssen, máxime si se tiene en cuenta que las causales de impedimento son restrictivas”.

El Magistrado Ortiz Agudelo: “..... el veinte de mayo del corriente año tomé posesión del cargo de Magistrado de este Tribunal Superior como principal para el período en curso y a mediados del mes de junio último, — fecha que puede constatar en los libros de la secretaría del Tribunal—, se llevó a efecto el reparto general de negocios que en esa fecha se encontraban pendientes en el Tribunal; los repartos, de acuerdo con el reglamento de la corporación se practican por el señor presidente y el secretario del Tribunal, pero por tratarse del primer reparto asistimos todos los magistrados; los asuntos fueron todos repartidos a la suerte, exceptuándose el juicio referente a la demanda de la sociedad ‘Caballero Hermanos’ contra la ‘Sociedad Industrial Franco Belga’, por la manifestación verbal hecha por el magistrado doctor Guillermo Hanssen de que él como magistrado del período anterior había venido conociendo de este asunto en el cual había dictado alguna providencia sobre la que habían solicitado reposición y que el estudio sobre esta última petición ya lo tenía bastante adelantado, por lo cual solicitaba, siempre que no hubiera inconveniente, se le adjudicara dicho asunto; ante esta insinuación todos los magistrados presentes aceptamos, habiéndosele adjudicado dicho juicio”.

El Secretario Carlos J. Orduz: “..... los asuntos fueron sorteados debidamente a excepción del expediente a que se refieren estas diligencias, el cual al corresponderle el turno del sorteo el doctor Guillermo Hanssen, magistrado del Tribunal, en presencia de los doctores Raimundo Rueda, Guillermo Galvis, Jorge A. Ortiz Agudelo, magistrados del Tribunal, y del señor Luis F. Argüello, oficial mayor

del mismo, manifestó que ese asunto ya lo tenía estudiado y que por tanto se le debía adjudicar y los Honorables Magistrados convinieron en ello y de esta suerte el doctor Hanssen continuó conociendo del asunto, el que pasó al despacho el 19 del mismo mes de junio. Con motivo de una publicación que hubo en Bogotá en "El Siglo", y al debate provocado en la Cámara de Representantes por el señor José Agustín Noriega, el Magistrado doctor Hanssen se declaró por esas causas impedido para continuar conociendo del negocio porque se le hicieron fuertes cargos, pero el resto de la Sala no creyó conveniente de acuerdo con disposiciones legales tal retiro y así lo declaró en el proveído correspondiente".

Observa el señor Procurador que la explicación dada por los Magistrados a la cuestión del reparto del asunto en referencia, "es muy clara y aceptable". "Se trataba — agrega — de no perder los estudios que ya había adelantado el doctor Hanssen sobre un tema nuevo y delicado. Está omisión de reparto, por sí sola, no podrá estimarla nadie como suficiente para inducir la creencia de que se trataba de dejar el expediente en manos de un prevaricador. Algo más: se trataba de resolver un recurso de reposición, lo que por su propia naturaleza implica que debe ser decidido por quien profirió el auto reclamado".

El nombramiento de Jueces del Socorro

Otro cargo formulado al Magistrado Hanssen es el haber influído en la elección de Jueces correspondientes al período que empezó el 1º de julio de 1939 y termina el 30 de junio de 1941, con el fin de lograr el nombramiento de determinados jueces para el Circuito del Socorro. El hecho lo describe así el Representante Noriega:

"En el Circuito Judicial del Socorro existen dos Jueces Civiles, uno liberal y otro conservador. Tradicionalmente han sido repartidos así. El liberal, naturalmente sería nombrado bajo la influencia

muy inmediata del Magistrado doctor Hanssen. Pero se quiso tener el otro Juzgado Civil, el Juzgado conservador. Y entonces, qué se hizo? Se nombró un Juez conservador, pero se le arrebató al Magistrado minoritario el derecho de designarlo, siendo elegido el que el doctor Hanssen quiso, imponiéndoselo al representante del conservatismo en el Tribunal". Y agregó: "Pero aún hay más: se hizo nombrar secretario del Juzgado — el de la minoría — al suegro del doctor Hanssen. Para qué? Para que si el negocio del doctor Lucas Caballero tuviere, por cualquier circunstancia, que volver a los Juzgados del Socorro, contar con posiciones en ambos".

De la investigación resulta que cuando se trató de elegir los Jueces del Distrito Judicial de San Gil para el período que empezó el 1º de julio de 1939 y termina el 30 de junio de este año, no hubo acuerdo entre los Magistrados liberales y el conservador acerca de la persona que debía ocupar la plaza que a la minoría correspondía en el Circuito del Socorro y que igual cosa ocurrió respecto del Circuito de Vélez.

El Magistrado de la minoría doctor Ortiz Agudelo, refiriéndose a este punto, dice:

"..... al efectuarse la elección de jueces de este Distrito Judicial, la mayoría del Tribunal no solicitó candidato de la minoría para Juez Civil del Socorro sino que entró de lleno a elegir todos los Jueces; otro tanto hizo en cuanto a los Jueces de Vélez; únicamente acogió los candidatos dados por el suscrito Magistrado en su condición de representante de la minoría para los Juzgados de San Gil y Zapatoa".

En el Acuerdo del Tribunal sobre nombramiento de Jueces el doctor Ortiz Agudelo dejó constancia de su inconformidad por la forma como se hizo la elección respecto de los dos circuitos mencionados. A la vez los Magistrados de la mayoría expusieron el motivo que los indujo a variar la ubicación de los candidatos pro-

puestos por aquél. Se reproduce en seguida la parte pertinente de ese documento:

“ACUERDO número 17 (de 23 de junio de 1939), por el cual se eligen Jueces principales de este Distrito Judicial. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil reunido en Sala Plena con la concurrencia de los Honorables Magistrados doctor Raimundo Rueda, Presidente de la corporación; doctor Jorge A. Ortiz Agudelo, Vicepresidente; doctores Guillermo Galvis Galvis y Guillermo Hanssen y del suscrito secretario, en uso de sus facultades legales, y teniendo en cuenta que está señalado este día, en proposición de fecha veinte de los corrientes, para verificar la elección de Jueces Superiores y de Circuito de este Distrito Judicial en el período que principia el primero de julio próximo y termina el treinta de junio de mil novecientos cuarenta y uno, se procedió a dicha elección con el siguiente resultado: Para principales:

.....
 SOCORRO. Juez 2º Superior. Por el doctor Joaquín Olarte Rueda, 4 votos. Juez 1º Civil. Por el doctor Ramiro Gómez G., 4 votos. Juez 2º Civil. Por el doctor Félix Padilla, 3 votos; por el doctor Aníbal Vanegas Olarte, 1 voto. Juez 1º Penal. Por el doctor Cayetano Franco, 4 votos. Juez 2º Penal. Por el doctor Daniel Villarreal, 4 votos.

.....
 Preguntado por el señor Presidente de la corporación si declaraban electos Jueces Superiores y del Circuito a los que habían obtenido la mayoría en la anterior elección, contestaron afirmativamente. El Honorable Magistrado doctor Ortiz Agudelo dejó la siguiente constancia: ‘El Magistrado de la minoría deja constancia en el acta de acuerdo de la elección de jueces, de su profunda extrañeza por la intromisión indebida de los miembros mayoritarios del Tribunal imponiendo por su número la elección de parte de los jueces que le corresponden al miembro de la minoría’. A su vez los Magistrados de la mayoría dejaron la constancia siguiente: ‘Los Magistrados de la mayoría a su vez

dejan constancia de que con la elección verificada no fue afectada la participación de la minoría ni en cuanto al número de jueces conservadores, ni en cuanto a los candidatos presentados por el señor Magistrado doctor Ortiz Agudelo. La mayoría se apartó solamente de la distribución de tales jueces y esto solamente en cuanto a que el doctor Jaime Rueda Uribe fuera nombrado Juez Civil del Circuito de Vélez, el cual fue nombrado en Zapatoca y en su lugar fue designado el doctor Aníbal Vanegas Olarte, candidato del señor doctor Ortiz Agudelo para Juez Segundo Civil del Socorro. Para disponer así las cosas se tuvo en cuenta que según informes llegados a los Magistrados de la mayoría, existe una asociación profesional entre los abogados doctores Roberto Motta y Pedro Nel Rueda Uribe, residentes en Vélez y Socorro, respectivamente, y el segundo de éstos hermano legítimo del candidato doctor Jaime Rueda Uribe. De suerte que éste hubiera tenido que conocer de los asuntos pertenecientes a los profesionales dichos, situación inconveniente desde luego, inclusive para el candidato doctor Rueda Uribe”.

El Secretario señor Orduz sobre este punto declaró lo siguiente:

“Preguntado: En su calidad de secretario presencié la elección que el Tribunal hizo de Jueces del Circuito del Socorro y por tanto recuerda usted qué candidatos fueron presentados por la minoría y si esos candidatos fueron respetados en la elección?”

Contestó: El minoritario del Tribunal presentó como candidato para Juez Segundo Civil del Socorro al doctor Aníbal Vanegas Olarte y fue elegido el doctor Félix Padilla candidato que tenía el mismo doctor Agudelo para Zapatoca; en definitiva sí se respetaron los candidatos de la minoría, pero por razones legales se les cambió de lugares”.

Rectificando una publicación del periódico “El Siglo” de Bogotá, titulada “El Tribunal de San Gil arrebató los derechos de la minoría”, los Magistrados doctores Raimundo Rueda, Guillermo Galvis Gal-

vis y Guillermo Hanssen dicen lo siguiente, en carta dirigida a ese diario:

“En el texto mismo del acuerdo sobre designación del personal, dicho en una constancia de la mayoría, explícate por qué ésta apartóse de su colega y no fue nombrado el doctor Jaime Rueda Uribe Juez del Circuito de Vélez sino del de Zapatoca. La divergencia no fue pues sobre el número de Jueces de filiación conservadora, ni sobre las personas, sino que la mayoría halló inconveniente que el doctor Rueda Uribe fuera destinado a Vélez.

“A pesar de residir en lugares diferentes, ha existido una asociación entre los abogados doctor Pedro Nel Rueda Uribe, domiciliado en el Socorro, y el doctor Roberto Motta, en Vélez, el primero de éstos hermano legítimo del candidato entonces Jaime. Tal comunidad de intereses consta en los avisos y direcciones profesionales de los interesados y el hecho es del dominio público. Si el Juez Rueda Uribe hubiera actuado en Vélez, habría decidido en los negocios pertenecientes a la asociación dicha, sin que el Juez, ni las partes pudieran invocar impedimento legal, si en la actuación compareciera solamente, como habría sido lo ordinario, el abogado doctor Motta. Esta inconveniente situación, aun para el funcionario y los profesionales nombrados, pues todos ellos habrían visto expuestos a la suspicacia y a la duda aun sus mejores intencionados procederes, fue lo que el Tribunal quiso evitar, y evitó.

“Ahora bien: si el Juez Rueda Uribe hubiera sido nombrado en el Socorro, aquellos asuntos en que fuera gestor su hermano Pedro Nel, profesional de extensa clientela, habrían sufrido el embrazo de la recusación, por lo cual fue obviado con la destinación de Jaime a otro Juzgado, el de Zapatoca”.

El Procurador comenta así esta parte de la acusación:

“La sola relación de estos documentos hace innecesario todo comentario al respecto. La sugerencia de que el Magistrado doctor Hanssen quiso tener un Juez

ad-hoc, para cuando volviera el expediente del Tribunal al Juzgado de primera instancia, es por lo menos temeraria y en todo caso carente de fundamento. El doctor Félix Padilla fue nombrado Juez Segundo del Circuito del Socorro, y ante ese despacho no tenía por qué ir el expediente del juicio ordinario”.

El nombramiento al señor Villamizar

Y en cuanto al hecho de haber sido nombrado el señor Augusto Villamizar—pariente del Magistrado Hanssen— para ocupar un cargo en la Secretaría del Juzgado Segundo del Circuito en lo Civil del Socorro, el doctor Félix Padilla, encargado de ese Juzgado, declara:

“Preguntado: Querría usted decir si usted nombró como secretario al señor Augusto Villamizar, suegro del doctor Guillermo Hanssen, y en caso afirmativo, si para hacer ese nombramiento recibió alguna insinuación de parte de dicho doctor Hanssen?

Contestó: Posesionado de mi cargo de Juez y por decreto número primero del día diez y siete de julio próximo pasado nombré en propiedad los empleados subalternos de la oficina a mi cargo en la siguiente forma: secretario, Antonio Sánchez N.; oficial mayor, Augusto Villamizar, y portero-escritor, Gabriel Dávila. En cuanto al origen de estos nombramientos es de advertirse lo siguiente: el señor Sánchez ya había sido acordado en conversaciones privadas y desde la víspera de elección de jueces para la secretaría de este Juzgado; así lo supe por conducto del doctor Aníbal Vanegas y por este motivo acepté con gusto esa designación previa. El señor Villamizar me había solicitado personalmente y desde los primeros días del mes de mayo que si era posible le diera alguna colocación en el Juzgado que se me asignara; al señor Dávila lo nombré atendiendo el deseo explícito de personas muy prestantes de esta ciudad del Socorro y entre ellas el señor Cura Pároco. El día veintiuno de julio ocurrió la muerte repentina en el

propio despacho del Juzgado del secretario nombrado, señor Sánchez, y de esta manera vino a quedar vacante la secretaría. Por decreto número tres de fecha 24 de julio fue nombrado para este cargo el señor Ignacio Garzón, quien no pudo aceptar este nombramiento. En vista de estas circunstancias y como lo autorizan las leyes de procedimiento, dada de otra parte la urgencia de la marcha inmediata de la oficina fue nombrado interinamente secretario del Juzgado el señor Villamizar, mientras podía proveerse en definitiva y en propiedad este puesto, lo cual se hizo desde el día de 16 de agosto, en la persona del señor don Joaquín Gómez Porras”.

Y dice al respecto el Procurador:

“La designación hecha en el señor Villamizar para desempeñar un puesto subalterno en el Juzgado Segundo Civil del Circuito del Socorro, no tiene el móvil pervertido que quiso dársele ni sirve tampoco para imputar a un Magistrado el ignominioso cargo de prevaricato”.

A tiempo de calificar la Corte el mérito de este sumario se observó que a folios 165 vto. del expediente había una certificación jurada del Representante Noriega, en la cual, luégo de ratificarse en los cargos contenidos en su discurso de la Cámara, manifiesta que le parece “especialmente importante que en esta investigación se reciba el testimonio del señor General Lucas Caballero, quien manifestó que poseía muchos datos en relación con el denuncia presentado”. Dice que “también debe recibirse declaración al señor Manuel Mejía Rosas para que exponga lo que le conste sobre el particular”.

La investigación hallábase cerrada por auto de 12 de marzo de 1940 (fecha anterior a la renovación del personal de la Corte). No obstante, se dictó nueva providencia ordenando citar al doctor Caballero y a su apoderado señor Rosas, por considerar sus declaraciones de excepcional importancia.

Declaración del señor Manuel Mejía Rosas

El señor Mejía Rosas declaró el 23 de agosto de 1940 ante el Juez Segundo del Circuito Penal del Socorro, comisionado al efecto. Refiere el declarante el curso que tuvo la demanda contra la Compañía Franco Belga en el Juzgado Primero Civil de esa ciudad. La parte demandada fue vencida en el incidente de excepciones y apeló para ante el Tribunal de San Gil. En seguida expone ampliamente los pormenores de la segunda instancia, así:

“Con el fin de atender a la instancia en el Tribunal — dice el señor Mejía Rosas — me dirigí a San Gil y allí tuve la primera sorpresa y desagrado cuando privadamente me informó don Carlos Orduz la manera como había quedado repartido el asunto, pues me dijo que había quedado en malas manos. Esta expresión me admiró más porque sabía el aprecio grande que hasta ese entonces profesaba el señor Orduz al doctor Guillermo Hanssen y al pedirle explicaciones me dijo que la manera como había intervenido para el repartimiento le hacía sospechar de la imparcialidad, porque el propio Magistrado le había preguntado si era verdad que había llegado del Socorro un asunto “bolludo”, agregando que era el pleito de la Franco Belga. Como el señor Orduz le informara que nó entonces le ordenó que mandara averiguar al correo y que si estaba lo trajeran. Efectivamente se encontraba allí y fue sacado. Preguntó al señor Orduz si había más asuntos para repartimiento y como le informara que no lo interrogó quién estaba de turno, contestándole don Carlos que él, disponiendo que se le hiciera la adjudicación, agregando que a él siempre le tocaban los asuntos difíciles. Así quedó repartido el negocio. Desde ese momento empecé a tener mis reservas con el doctor Hanssen con quien me ligan lazos de estrecha amistad desde hace más de diez años y mi desconfianza aumentaba al ver la intimidación que guardaba con el apoderado de la parte demandada.

El veinticinco de marzo de mil novecientos treinta y ocho presenté ante el Tribunal alegato sosteniendo la providencia del señor Juez de primera instancia. Vencido el término de la fijación en lista entró el asunto al despacho para su decisión. El diez y nueve de agosto el Tribunal decidió el recurso de alzada revocando el fallo de primera instancia y declaró probadas todas las excepciones. En el alegato presentado por mí al Tribunal hice presente a éste la gravedad que entrañaba la aceptación de la tesis de la parte demandada y para sustentar más la razón en que me apoyaba, aduje jurisprudencia de la Corte de Gant y de la Corte de Bruselas, en las cuales *mutatis mutandis* se contempla el caso controvertido aquí y según ellas la jurisdicción radica exclusivamente en los jueces y Tribunales colombianos. El veintisiete de agosto de mil novecientos treinta y ocho, solicité reposición del auto mencionado, con nuevas razones y exigiendo se analizará las ya expuestas y, muy especialmente, lo referente al cumplimiento de sentencias proferidas por Tribunales extranjeros para cumplir en Colombia ya que, la controversia a que vengo refiriéndome no podía tener eficacia aquí por no reunir los requisitos determinados en el artículo 557 del C. J. porque ella no se había dictado a consecuencia del ejercicio de una acción personal ni tampoco en los tratados con el reino de Bélgica se había establecido que los fallos dictados por Tribunales belgas como resultado del ejercicio de una acción real pudieran ser ejecutados en nuestra nación.

El sábado veinte de agosto de mil novecientos treinta y ocho, ya había salido la providencia, pregunté al doctor Hanssen si entre los asuntos despachados en la semana había salido alguno en que fuera yo parte, contestándome que no. Esto fue el sábado. El domingo volví a tener alguna conversación con él referente a un asunto que le estaba defendiendo del doctor Luis Antonio Martínez y volví a hacerle la misma pregunta, contestándome negativamente. El lunes estuvo en

mi casa de habitación a tratarme el negocio del doctor Martínez y nuevamente le pregunté si en la semana anterior había salido algún asunto de los míos, contestándome otra vez que no. Ese día por conducto de personas honorables empecé a recibir noticias de que el Tribunal había fallado y, había perdido el asunto el doctor Lucas Caballero. Para adquirir seguridad en lo que ocurriera determiné dirigir una carta al doctor Hanssen en la cual le digo que personas serias se han acercado a informarme que el Tribunal decidió la apelación en el asunto del doctor Lucas Caballero y que declaró probadas las excepciones; que yo le pregunté a él en varias ocasiones si había salido algo en que fuera yo parte o apoderado y que me había contestado que no; que como si ya había salido la providencia, la exigencia que le iba a hacer no entrañaba nada de indebido le suplicaba me indicara si era cierto y cómo había salido. Esa carta la envié con mi sobrino Guillermo Alfredo Mejía, quien se impuso en ella, con encargo especial de entregarla en propia mano y si era el caso de exigirle se impusiera inmediatamente en ella. El doctor Hanssen la leyó y me mandó decir que pasaría para acá. Esto el veintidos de agosto en las horas de la tarde y desde entonces hasta el diez y nueve de mayo del presente año, en que tuve la desgracia de perder a mi madre, no volví a verlo en mi casa. Supe al contrario que en las horas de la tarde de ese día y parte de la noche había estado departiendo en la mayor camaradería con el apoderado de la parte demandada, en el café del señor Carlos Mejía, y que allí estaba también don Enrique Galvis, que tenían copia del fallo y que regocijadamente lo comentaban. Tengo que anotar con pena la falta de prudencia del doctor Hanssen al concurrir a San José de Suaita al homenaje que el gerente de la Franco Belga hizo al ex-presidente Alfonso López, falta de prudencia consistente en haber asistido a esa fiesta patrocinada por la Sociedad demandada y teniendo él a su estudio la solicitud de reposición del

proveído que había favorecido a dicha compañía. Además, tengo que consignar aquí mi profunda extrañeza por la demostra tan grande que ha habido en la resolución de tal negocio, pues el veintisiete de este mes se cumplen dos años de haber elevado tal petición. Finalmente tengo que anotar también otra falta de prudencia del doctor Hanssen, al ocurrir el cambio de personal del Tribunal y por consiguiente verificar nuevo repartimiento. Los señores magistrados Raimundo Rueda, Guillermo Galvis Galvis y Jorge A. Ortiz A., y don Carlos J. Orduz, secretario de ese entonces, podrán testificar si es verdad que el doctor Hanssen hizo especial exigencia de que el juicio ordinario del doctor Lucas Caballero contra la Sociedad Industrial Franco Belga se le adjudicara ya que él tenía adelantado bastante estudio, a lo cual le manifestaron que debía repartirse y como insistiera, hubieron de complacerlo anotándolo como repartido”.

Se sabe ya que al renovarse el personal del Tribunal, en virtud de acuerdo entre los magistrados el juicio contra la Franco Belga quedó bajo la ponencia del magistrado Hanssen, sin que ello implicase irregularidad. Pero el señor Mejía Rosas retrotrae la cuestión al primer reparto. Acogiendo informaciones del tantas veces citado señor Carlos J. Orduz, cuenta que el magistrado Hanssen, luego de inquirir si había llegado del Socorro el expediente, ordenó sacarlo del correo y “preguntó al señor Orduz si había más asuntos para repartimiento y como le informara que no, lo interrogó quién estaba de turno, contestándole don Carlos que él, disponiendo que se le hiciera la adjudicación, agregando que a él siempre le tocaban los asuntos difíciles. Así —afirma el declarante— quedó repartido el negocio”.

Esta versión la destruye el propio señor Orduz. Véase de nuevo la parte pertinente de su declaración jurada de folios 130 vto. a 132.

“Preguntado: Quiere usted decir si en su calidad de secretario del Tribunal cono-

ció desde su llegada allí el expediente relacionado con el juicio civil instaurado por la sociedad Caballero Hermanos contra la sociedad Industrial Franco Belga, y en tal virtud podría relatar los incidentes sobre tal expediente en el tiempo que cursó en el Tribunal?

“Contestó: En el año pasado llegó al tribunal procedente del Juzgado Primero Civil del Circuito del Socorro, a cargo en esa época del doctor Daniel Villarreal el expediente a que se refiere la pregunta, y también llegaron otras articulaciones del mismo negocio. Uno de los que llegó se refería a unas excepciones que fueron falladas por el Juzgado del Circuito a favor del doctor Caballero, y venía en apelación. Creo que el asunto fue repartido al doctor Rueda y como el doctor Hanssen fue quien reemplazó al doctor Rueda le tocó al doctor Hanssen conocer de todos los asuntos que le habían tocado antes en reparto al doctor Rueda. Siguió conociendo el doctor Hanssen hasta que decidió la apelación revocando el auto del Juzgado del Circuito del Socorro”.

El fallo del Tribunal en el incidente de excepciones propuestas por el apoderado de la Sociedad Franco Belga tiene fecha 19 de agosto de 1938. El señor Rosas anota que en conversaciones que tuvo con el doctor Hanssen durante los días 20, 21 y 22 del mismo mes le preguntó si dicha providencia había salido, contestándole que no. Más como recibió por conducto de personas honorables la noticia de que la controversia había sido fallada, deseo de saber la verdad, resolvió escribirle una carta al doctor Hanssen, quien como respuesta le ofreció una visita que tampoco le hizo. Como se ve, el señor Mejía Rosas no dice si acudió a cerciorarse de lo que ya sabía a la Secretaría del Tribunal, que es el órgano natural de información de los litigantes, sino que relata la reiterada insistencia suya por obtener personalmente del magistrado ponente el informe deseado y que éste, o negó que el fallo se hubiera dictado, lo que era contrario a la verdad, o rehuyó suministrarle el informe. En manera alguna.

—observa la Corte— esta actitud del doctor Hanssen permite pensar que hubiera actuado dolorosamente en el asunto de la Franco Belga. Si, como parece, entre él y el señor Mejía Rosas existían buenas relaciones de amistad, ¿por qué no suponer entonces que el doctor Hanssen quiso evitar explicaciones que pudieran degenerar en discusión enojosa entre los dos?

El Procurador, a quien se corrió nuevo traslado para que conceptuara sobre las últimas pruebas recogidas, contempla otros aspectos de la exposición del señor Mejía Rosas, así:

“Por manera que el testimonio del señor apoderado del doctor Caballero, sobre los cargos gravísimos de soborno y prevaricato que se imputaron primitivamente al doctor Hanssen, se concreta a la aseveración de que el declarante supo que el magistrado ponente había estado departiendo en un café en la mayor camaradería con el apoderado de la parte demandada, y que en ese lugar estaba también presente don Enrique Galvis y que esos tres señores tenían copia del fallo y lo comentaban regocijadamente. Es por tanto, un testimonio de referencia sobre el simple hecho de estar conversando en un café y de mostrar los interlocutores regocijo. Parece que esta afirmación no aporta ninguna prueba sobre el prevaricato.

“El doctor Mejía Rosas le apunta dos imprudencias al magistrado Hanssen: concurrir a un homenaje que el gerente de la Franco Belga hizo al ex-presidente López y haberse hecho adjudicar en el nuevo reparto la litis civil de que se ha hecho mención. Estas imprudencias de seguro que no prueban tampoco el delito imputado al doctor Hanssen”.

Declaración del doctor Lucas Caballero

El texto de la declaración del doctor Caballero dice así:

“Me llamo Lucas Caballero, tengo sesenta y ocho años de edad, natural de Soaita (Santander), vecino de Bogotá, con residencia en la carrera 5ª, número

18-91, cédula de ciudadanía expedida en Bogotá bajo el número 1207535 y sin generales de ley con el doctor Guillermo Hanssen. En cuanto a la cita que se me hace puedo decir lo siguiente: Evidentemente, va ya para tres años, promoví en el Circuito del Socorro, un juicio muy valioso contra la Sociedad Industrial Franco Belga, cuyo capital, según el acto constitutivo, fue suministrado íntegramente por Caballero Hermanos, asociación compuesta del que habla, de Julio, Alfredo y Carlos Alberto y por mis dos hermanas, herederos todos del finado señor César Caballero, nuestro padre legítimo. Ese aporte consistió en haciendas y fábricas de chocolates, ingenio de azúcar y destilería, todo avaluado en seiscientos mil dólares (\$ 600.000.00).

“Los socios extranjeros se hicieron otorgar, en el acto constitutivo de la Sociedad Industrial Franco Belga, una acción para cada uno de los que firmaban la escritura social. Los socios extranjeros dieron a la Sociedad un préstamo hipotecario de los bienes que constituían el caudal de la referida Sociedad Industrial Franco Belga para establecer, adicionalmente una fábrica de hilados y tejidos y un molino de harinas. Una vez instaladas estas nuevas industrias con sus maquinarias respectivas, con el objeto principal de que los extranjeros acreedores y copartícipes de la empresa, reembolsaran rápidamente su préstamo, desde el año de mil novecientos dieciocho les entregamos el manejo absoluto, arbitrario e incontrolado por nuestra parte, de empresa tan valiosa, y que con mediana diligencia hubieran podido cancelar con cuatro o cinco años de su explotación. Como en mil novecientos treinta y siete, o sea diecinueve años después de tomar los extranjeros el manejo exclusivo de las fábricas, no nos habían entregado un centavo siquiera del producto de ella, y como, por otra parte, yo tenía conocimiento documentado de que empresas de la misma índole en la república y con menos privilegios naturales, en diecinueve años habían multiplicado varias veces su

capital, promoví juicio ante el Juzgado del Circuito del Socorro. El representante en Colombia de los socios extranjeros quiso burlar primero los efectos de una acción judicial con el otorgamiento de venta subrepticia y fraudulenta, que tuvo empeño en hacer registrar antes de que se le notificara mi demanda, para lo cual se ocultó aquí en Bogotá y en otros lugares del país. Notificada la demanda a un curador, se registró en el Circuito del Socorro quedando así sin efecto la tentativa fraudulenta. Entonces el Personero de los referidos socios extranjeros, por medio de apoderado, opuso, entre otras excepciones, la de declinatoria de jurisdicción.

El Juez del Socorro declaró no probada la excepción y el demandado apeló ante el Tribunal Superior de San Gil. Le correspondió el conocimiento del asunto al señor Guillermo Hanssen y él proferió un auto muy extenso, en agosto de mil novecientos treinta y ocho, declarando probada la excepción y que el juicio debía promoverlo yo ante el poder judicial del reino de Bélgica, en donde se constituyó la Sociedad Industrial Franco Belga. Toda la prensa de esta capital, sin excepción de partidos, protestó contra el auto considerando como que era y es un desconocimiento de la soberanía nacional. Tal auto fue proferido en agosto de mil novecientos treinta y ocho y en ese mismo mes mi apoderado reclamó de él ante el Tribunal de San Gil. El asunto quedó así pendiente, sin resolver, hasta el mes de julio de mil novecientos treinta y nueve en que debía comenzar el período del nuevo personal con que fue reconstituido. En la fecha en que rindo esta declaración y después de más de dos años de estar pendiente mi recurso judicial, el Tribunal no ha resuelto mi pedimento. Pero es que han ocurrido las circunstancias de que voy a hablar: al instalarse el nuevo personal del Tribunal debía hacerse reparto por sorteo entre sus miembros, de los juicios pendientes en aquella alta entidad judicial y según comunicación que me hizo en Bogotá, meses después de

dejar el puesto, el Secretario señor Carlos J. Orduz, el señor Hanssen obtuvo de sus compañeros que no se sorteara mi expediente porque él tenía estudios relativos a esa controversia. Fuera de semejante abuso, aunque por suerte le hubiera correspondido el juicio a ese señor, ha debido considerarse imposibilitado para conocer, porque es absurdo que reforme una providencia apelada el mismo funcionario que dictó la primitiva. En consecuencia de estos antecedentes y de la probabilidad de que el señor Hanssen insista en su primitiva tesis, entonces el fenómeno que vendría a suceder es el que las fábricas y las haciendas de San José quedarían como la tierra de nadie, porque la autoridad judicial colombiana y que debe conocer de los juicios de su Distrito Judicial, se declara incompetente y porque si yo ocurriera a Bélgica toda acción real para recobrar inmuebles y fábricas, no podría cumplirse en esta república, porque fallos extranjeros no son viables sino en cuanto se refieran únicamente a acciones personales.

El asunto es tan grave que en otras circunstancias en que yo no ocupara una posición política que moralmente me impide hacer gestiones de interés personal, serían el Ministerio de Relaciones Exteriores, la Procuraduría General y la misma Corte Suprema, quienes debieran ser solicitados para actuar en este atropello judicial de que no hay ejemplo en nuestra historia. La soberanía se ejerce sobre todos los inmuebles y fábricas situados en Colombia y la jurisdicción no va solamente sobre derechos raíces, sino sobre cualquier acción que aquí se dirija contra sociedades sean o no extranjeras. Los decretos legislativos del año de mil novecientos seis; los preceptos legales del Código Judicial actualmente en vigor y el Acto Legislativo número 1º de 1936, le dan al Poder Judicial colombiano una jurisdicción indiscutible contra la Sociedad Industrial Franco Belga que tiene en Colombia los bienes que constituyen su acervo social y el personero que ordenan se constituya en el país para responder de

querellas con colombianos. La actuación del señor Hanssen ha sido tan absurda y escandalosa que una infinidad de coterráneos míos, así en Santander como aquí en Bogotá, me han hablado de que ella responde a un soborno, pero naturalmente yo no he tomado iniciativa ninguna para comprobarlo porque para ello estoy impedido por un pudor patriótico. Es cuanto por el momento tengo que decir”.

En la primera parte de su exposición, el doctor Caballero historia el origen de la acción civil que promovió ante el Juez del Socorro contra la Sociedad Industrial Franco Belga, menciona la cuantía de los intereses suyos y de sus hermanos comprometidos en ese litigio, anota la trascendencia de la tesis sentada por el Tribunal de San Gil y la situación de indefensión en que él considera han quedado colocados los demandantes como consecuencia del fallo.

En cuanto a los incidentes relacionados con la actuación del Magistrado Hanssen, que son la materia de esta investigación, el doctor Caballero señala lo ocurrido en el reparto de asuntos al efectuarse el cambio de magistrados y condena la conducta del doctor Hanssen por haber solicitado que no se sorteara el juicio contra la Franco Belga, pues considera “absurdo que reforme una providencia apelada el mismo funcionario que dictó la primitiva”.

Es de observarse que no había apelación pendiente sino el llamado recurso de reposición que, como lo dice la comisión redactora del Código de Procedimiento Civil (Ley 105 de 1931) es el derecho que las partes tienen de pedir reforma o revocación de una providencia ante el mismo Juez o Tribunal que la ha pronunciado.

Sobre las declaraciones del doctor Caballero dice la Procuraduría:

“Huelga repetir que lo relativo al reparto ya está estudiado en la vista de fondo y tan sólo conviene observar que no es completamente aceptable la rotunda afirmación del declarante de que sea absurdo que un funcionario revise una providencia dictada por él mismo y con-

tra la cual se haya interpuesto el recurso de reposición.

“La parte final del testimonio del doctor Lucas Caballero sirve para ratificar la opinión emitida por la Procuraduría en su vista del 8 de mayo. El doctor Caballero, según lo afirma él mismo, no ha tomado iniciativa ninguna para comprobar un soborno del cual le han hablado, omisión que justifica el declarante, ‘por estar impedido por un pudor patriótico’”.

La demora en resolver la reposición

Tanto el doctor Caballero como su apoderado señalan como dato extraño en la tramitación del juicio contra la Franco Belga la demora del Tribunal en resolver el recurso de reposición del susodicho fallo.

De las constancias enviadas por el Tribunal, se establece lo siguiente:

El juicio llegó al Tribunal el 28 de febrero de 1938 en apelación del auto del Juez Primero del Circuito del Socorro que declaró no probadas las excepciones de declinatoria de jurisdicción, ilegitimidad de la personería e inepta demanda, propuestas por el apoderado judicial del Varón Cristian du Rivau en el juicio ordinario iniciado por el doctor Eduardo Zuleta Angel como representante del doctor Lucas Caballero.

La apelación.—Se fijó en lista en el Tribunal de San Gil el 21 de marzo de 1938 y entró al despacho del Magistrado ponente, para decidir sobre ella, el 26 del mismo mes. El fallo se pronunció el 19 de agosto siguiente, es decir, un poco menos de cinco meses después de haber entrado al estudio.

La reposición.—El apoderado del doctor Caballero solicitó reposición el 27 de agosto de 1938 y entró al despacho el 20 del mes siguiente. A partir de esa fecha no aparece ninguna actuación hasta el 13 de junio de 1939 en que el asunto fue adjudicado por segunda vez al Magistrado Hanssen. El 19 del mismo mes quedó nuevamente a su estudio.

Dos meses después, el 25 de agosto de 1939, el Representante Noriega denunció ante la Cámara la actuación del Magis-

trado Hanssen por considerarla delictuosa. Por auto de 1º de septiembre de ese año, dicho Magistrado se declaró impedido para continuar conociendo del asunto, fundado en el cargo de parcialidad que en publicaciones de prensa se le venía haciendo. Los colegas del doctor Hanssen declararon inadmisibile el impedimento por medio del siguiente auto:

“Tribunal Superior del Distrito Judicial — San Gil, septiembre doce de mil novecientos treinta y nueve. — El señor Magistrado doctor Guillermo Hanssen se ha declarado impedido para seguir conociendo en el presente negocio y alega como causal algunas publicaciones de la prensa lesivas contra su integridad moral por envolver cargos de parcialidad, sugerencias que han sido consideradas como calumniosas. Estudiando el punto dentro de las normas legales se llega a la conclusión de que dentro de las diez y seis causas legítimas de impedimento y recusación que trae el artículo 435 del Código Judicial no se encuentra la señalada por el honorable Magistrado, quien ha optado este medio movido por su delicadeza personal. Por tal motivo, y de conformidad con el artículo 444, *ibidem*, se declara inadmisibile la excusa presentada. — Notifíquese. — (Firmados) Jorge Antonio Ortiz A. — Raimundo Rueda. — Carlos J. Orduz D., Srío. ppd.”

El negocio volvió al despacho del Magistrado Hanssen, para decidir la solicitud pendiente, el 20 de septiembre de 1939.

Por último, el fallo de reposición se pronunció el 20 de febrero de 1941.

¿Qué motivos mediaron para que no se hubiera dictado antes dicho fallo?

Sobre el particular dijo lo siguiente el Magistrado Hanssen en su declaración instructiva:

“Preguntado: Sabe usted o presume quién sería la persona que hallándose desempeñando las funciones de Magistrado del Tribunal Superior de San Gil ya dicho, al pedirse reposición de la providencia de que trata la anterior pregunta, no resolviera tal petición dentro del término de nueve meses contados desde la fecha de

la mencionada petición hasta el vencimiento del período de Magistrado, y puede explicar la causa o motivo de dicha demora?

Contestó: Como puede verse de las constancias de autos cuya copia se ha agregado a las presentes diligencias informativas, el asunto entró a mi despacho para reposición el 20 de septiembre del año de 1938; la demora en el despacho de la reposición tiene su explicación en que como dije en diligencia anterior el negocio reviste gran delicadeza, es de mucha trascendencia en la vida jurídica de las Sociedades Anónimas extranjeras que negocian en el país, tiene mucha importancia y la cuantía del pleito es bastante significativa; vistas, además, algunas publicaciones hechas por la prensa a raíz de haberse proferido el fallo, publicaciones firmadas por el doctor Lucas Caballero y su apoderado principal doctor Zuleta Angel, como por el gerente de la Compañía Franco Belga, consideré necesario e indispensable hacer un estudio más a fondo sobre el negocio y para tal efecto tenía que allegar datos, consultar algunas obras y tratados de derecho civil y de derecho internacional privado, obras cuya consecución es muy difícil en provincias como las nuestras y en ello transcurrió algún tiempo, pues con la consulta de nuevos autores y de teorías nuevas quería cerciorarme a cabalidad de si el Tribunal estaba en el error y había cometido un absurdo como se afirmaba en aquellas publicaciones, a fin de poder rectificar con certeza lo ya hecho, si era el caso, o de mantener en firme lo ya decretado. Por otra parte se intercalaron las vacaciones judiciales de aquel año en que prácticamente se pierden los meses de diciembre y enero, y luégo haciendo el estudio y redactando el proveído, vino la reunión de las asambleas departamentales y la renovación del poder judicial sin que se hubiera podido llegar a la consideración del proyecto respectivo. También me fue necesario conseguir el Tratado de Montevideo sobre Derecho Civil Internacional y sobre Derecho Comercial Internacional al

cual se adhirió la República de Colombia por medio de una ley, a fin de consultar algunos artículos citados en un memorándum privado que me llegó por conducto del doctor Narciso Torres Meléndez, compañero de Sala, Tratado que me fue de muy difícil consecución y que al fin logré encontrar en el Tomo VI de los Anales Diplomáticos y Consulares. Debo agregar aquí que otra de las causas de la demora en el despacho del asunto reside en el hecho de que durante todo el mes de octubre del año de 1938 estuve reducido al lecho por enfermedad en la cual me asistieron los facultativos doctores Benigno Alvarez y Pedro María González, quienes pueden certificar en cualquier momento; es necesario considerar también que durante toda la época en que se ventila la renovación del personal de magistrados, el despacho de los negocios no es muy intenso por motivos que es muy fácil adivinar. En tales circunstancias y dado lo que llevo explicado no puede sugerirse o pensarse que haya habido malicia de mi parte al demorar la expedición de la providencia respectiva”.

En dos etapas puede dividirse la demora en el referido fallo de reposición. La primera comprende el tiempo transcurrido entre el 20 de septiembre de 1938, fecha en que pasó la solicitud al estudio del Magistrado Hanssen y el 19 de junio de 1939, fecha de la segunda adjudicación del expediente. Es decir, un poco menos de ocho meses, descontando las vacaciones judiciales de fines de 1938 a principios de 1939 y la semana santa de 1939.

Ya se vio que en la preparación y estudio del fallo que decidió la apelación contra la providencia del Juez del Socorro empleó el Tribunal cerca de cinco meses, del 26 de marzo de 1938, fecha en que entró al despacho, al 19 de agosto siguiente. Este espacio de tiempo, contra el cual no se ha formulado ningún reparo, al menos hace presumir que el Tribunal consideró que tal asunto debía ser estudiado con especial atención, sin ceñirse a los términos ordinarios. Y que desde entonces fue materia de amplia deliberación

entre la totalidad de los Magistrados que integran el Tribunal de San Gil, lo dice el doctor Ramiro Gómez Gómez, Magistrado que no hacía parte de la Sala Civil de Decisión. Posteriormente el doctor Gómez Gómez pasó a desempeñar el Juzgado Primero Civil del Circuito del Socorro. Llamado a declarar por orden de la Corte, expuso lo siguiente:

“Preguntado: Querría usted decir si durante el tiempo que ha desempeñado usted el puesto de Juez Primero del Circuito Civil del Socorro ha habido alguna actuación relacionada con el pleito de Caballero Hermanos contra la Sociedad Industrial Franco Belga?

Contestó: No, señor, no ha habido ninguna actuación. Me consta que se inició aquí en este Juzgado en el año treinta y siete y que el auto que resolvió el incidente de excepciones lo dictó el doctor Daniel Villarreal, quien ejercía el cargo de Juez Primero del Circuito Civil en esta ciudad; tal auto lo conocí en mi calidad de Magistrado, pero correspondió el conocimiento a la Sala integrada por los doctores Guillermo Hanssen M. (como Magistrado ponente), y los doctores Narciso Torres Meléndez y Guillermo Galvis Galvis. No obstante que no hacía yo parte de esa Sala presencié varias conversaciones relativas al estudio hecho sobre tal auto en el Tribunal porque el doctor Guillermo Hanssen a medida que iba avanzando en el estudio del problema propuesto a su consideración lo iba consultando con sus compañeros de Sala informándoles el estado en que iba adelantando tal estudio y cuando ya éste encontró que había terminado su trabajo sacó de él un proyecto en borrador que fue leído en las audiencias del Tribunal y lo iba explicando a medida que iba avanzando su lectura. Recuerdo que en una de las audiencias se ocupó toda la tarde en el estudio de tal negocio y que estuvimos presentes los cuatro Magistrados que entonces integrábamos el Tribunal, como no fuera suficiente el día para terminar el debate, fuimos citados a la casa del doctor Guillermo Galvis Galvis para de las siete de la noche en ade-

lante seguir en el estudio del mismo negocio y al efecto allí concurrimos, todos cuatro Magistrados, y estuvimos reunidos desde las siete de la noche hasta cerca de las doce tratando ese mismo problema. Porque concurrí a todas las sesiones en que se debatió el auto en que se resolvió el recurso de apelación del citado negocio, me consta que en él tuvieron intervención activa y directa los tres Magistrados Hanssen, Torres y Galvis que componían la Sala”.

Fue el denunciante doctor Noriega quien primero incriminó al Magistrado Hanssen por la moratoria en que estaba respecto de la decisión de que se trata. Pertenecen al discurso-denuncio las siguientes palabras:

“El doctor Lucas Caballero pidió reposición del auto al Tribunal y transcurrieron nueve meses antes de la elección de nuevos magistrados, sin que fuera fallado el recurso.

“Ya entonces había en Santander motivo y lugar para las habladurías. Ya entonces se decía que no se fallaba el recurso porque si el Magistrado confirmaba su auto anterior, acaso no sería reelegido en virtud de las influencias que de seguro no hubiera desarrollado el doctor Lucas Caballero, porque sé de su honorabilidad insospechable. Pero el doctor Hanssen pensaba de otra manera”.

La murmuración y la trascendencia del asunto eran factores que por sí solos obligaban al Magistrado ponente y en general al Tribunal a obrar sin apresuramiento. Y si a ello se agrega el estudio del problema jurídico planteado, la consulta de autores, la enfermedad que le embargó el mes de octubre de 1938 (según lo afirma con citación de los nombres de los médicos que lo asistieron), la falta de consagración de los Magistrados del Tribunal a sus deberes durante los días en que se ventila la formación de ternas y el nombramiento de magistrados para un nuevo período judicial, tal demora no puede tenerse como fruto de una intención dolosa. Si antes de formarse las ternas para la elección de Magistrados del Tri-

bunal, de San Gil en el nuevo período, se hubiera discutido y adoptado el fallo de reposición por los mismos Magistrados que aprobaron el que fue objeto del recurso, dada la suspicacia que, según el Representante Noriega, había ya en torno de la actuación del Magistrado Hanssen, es posible que el comentario del público prevenido hubiera sido otro, igualmente desfavorable, o sea, que dicho Magistrado no había querido correr la contingencia de no ser reelegido o de que en virtud de los posibles cambios su Sala no quedara constituida por el mismo personal.

El segundo período de demora comprende desde el 19 de junio de 1939 en que, variado el personal del Tribunal, el recurso de reposición quedó de nuevo al estudio del Magistrado Hanssen, hasta el 14 de febrero de 1941, fecha del fallo definitivo. A qué puede atribuirse tan prolongada demora? No existiendo ningún dato indicativo de que ella fue determinada por motivos ilícitos, es menester tener en cuenta las circunstancias que razonablemente sirven para explicarla, a saber: los días empleados en reanudar las tareas interrumpidas por el cambio de personal, el tiempo que los nuevos Magistrados necesitaban para ilustrarse sobre un problema jurídico de suyo complejo, cuya solución suscitaba extraordinaria expectativa en importantes sectores de la opinión pública, y no es aventurado suponer que la investigación abierta contra el Magistrado Hanssen debió contribuir a aumentar la perplejidad, no ya en el ánimo del acusado sino también en el de sus compañeros de Sala, haciéndoles aplazar el pronunciamiento del fallo.

Y como no se ha abierto un juicio por demoras sino que se trata de saber si éstas que se advierten en la accidentada tramitación del juicio contra la Franco Belga fueron de propósito, determinadas por una voluntad al servicio de los intereses de esa compañía, se impone reconocer que la investigación no suministra dato alguno que corrobore la suposición formulada o sugerida al respecto contra el Magistra-

do Hanssen tanto por el denunciante como por los dos declarantes mencionados (doctores Caballero y Mejía Rosas).

Observación final

Suscribieron el auto que revocó el dictado por el Juez Primero Civil del Socorro y declaró probadas las excepciones propuestas por el apoderado de la Franco Belga, los Magistrados doctores Guillermo Hanssen (ponente), Narciso Torres Meléndez y Guillermo Galvis Galvis. Los tres componían en 1938 la Sala de Decisión en el ramo civil. La adopción de la ponencia fue precedida de larga deliberación, de que da testimonio el otro Magistrado del Tribunal doctor Ramiro Gómez Gómez y no hubo salvamento de voto. El fallo, que es bastante extenso, corre publicado en los números 85 y 86 de la revista "Justicia y Reforma", órgano de dicha entidad. Un ejemplar, debidamente autenticado, hace parte de las pruebas decretadas por la Corte.

Al renovarse, en 1939, el personal del Tribunal, dicha Sala quedó constituida así: doctor Guillermo Hanssen, doctor Raimundo Rueda y doctor Jorge Antonio Ortiz Agudelo. Pendiente como estaba la solicitud de reposición de aquel fallo, a estos Magistrados correspondía revisarlo. Refiriéndose a los dos últimos, dijo el Representante Noriega en su discurso de la Cámara: "..... el doctor Rueda es una cumbre de honorabilidad. Y lo mismo debo declarar del otro compañero de Sala doctor Jorge A. Ortiz Agudelo".

En cumplimiento de lo ordenado por la Corte, en la providencia sobre ampliación de este informativo, el Tribunal de San Gil ha enviado copia auténtica del auto de 14 de febrero de 1941, por el cual esa entidad no accede a la referida solicitud de reposición. Suscriben el nuevo fallo, al lado del ponente y sin salvamento alguno, los Magistrados doctor Raimundo Rueda y doctor Jorge A. Ortiz Agudelo.

Los doctores Rueda y Ortiz Agudelo en modo alguno se hallaban ligados a la

paternidad de la controvertida decisión del Tribunal de San Gil y de contera los dos formaban mayoría sobre el ponente. De consiguiente, se hallaban en situación excepcional para desechar las tesis en que el proveído se funda, atendiendo, si era el caso, las objeciones jurídicas formuladas contra ellas. Sin embargo, después de prolongada gestación, han dictado, con el Magistrado Hanssen, la nueva providencia, tan extensa como la primera, por la cual el Tribunal no accede a la reposición solicitada.

Conclusiones

La ratificación, en las circunstancias que se dejan expuestas, del referido auto de 19 de agosto de 1938 y el estudio y adopción de la primitiva ponencia por parte de los Magistrados doctor Narciso Torres Meléndez y doctor Guillermo Galvis Galvis son elementos de juicio que legal y moralmente excluyen la hipótesis de que el Magistrado Hanssen, como sustanciador y ponente en el juicio civil promovido por el doctor Lucas Caballero contra la Sociedad Industrial Franco Belga, haya realizado u omitido acto alguno constitutivo de prevaricato.

En cuanto al cargo de cohecho, no existe documento, o declaración de testigo presencial o de simple referencia, que demuestre, indique o permita siquiera suponer que el Magistrado Hanssen recibió dinero o dádivas de la Sociedad Franco Belga o por encargo de ella, con el fin de que realizara, omitiera o retardara acto alguno relacionado con el juicio en cuestión o con propósito distinto. Tampoco existe noticia de que hubiera aceptado promesas remuneratorias, directas o indirectas, para lograr de su parte uno cualquiera de dichos fines.

Resulta, pues, que no aparece prueba alguna de que se hubieran realizado los hechos imputados al Magistrado doctor Hanssen y por tanto es de rigor sobreseer definitivamente a su favor, de acuerdo con el precepto contenido en el inciso 1º

del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938).

Tal es el juicio de la Corte, después de haber examinado por todas sus fases la minuciosa investigación adelantada con ocasión del denuncia del Representante Noriega.

El Procurador, de cuyas exposiciones se han entresacado importantes pasajes, ha pedido a la Sala la terminación de este proceso por medio de sobreseimiento definitivo.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del Procurador Dele-

gado, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **SOBRESEE DEFINITIVAMENTE** a favor del doctor Guillermo Hanssen, actual Magistrado del Tribunal Superior de San Gil, por los cargos que le hizo el doctor Agustín Noriega en sesión pública de la Cámara de Representantes, del día 25 de agosto de 1939.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial una vez ejecutoriado, y archívese.

Absalón Fernández de Soto — Campo
Eliás Aguirre — José Antonio Montalvo.
Julio E. Argüello R., Srio.

LA PROHIBICION A LOS EMPLEADOS PUBLICOS DE INTERVENIR EN POLITICA

Es punible la intervención de los funcionarios públicos en debates electorales, aunque se realice en territorio distinto al de su jurisdicción.

El debate político para elegir diputados a las asambleas departamentales es uno sólo en todos los municipios de cada Departamento, sin que su unidad se afecte porque se haya dividido el respectivo territorio en círculos electorales. Esta división es un medio adoptado para la distribución proporcional de las curules entre los partidos, procurando a la vez una relativa representación de los intereses locales. De suerte que en el campo de la responsabilidad jurídica, forman un todo indivisible las actividades políticas de un empleado público en diferentes distritos, con ocasión del proceso electoral para constituir la asamblea.

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

(Magistrado ponente: doctor Absalón Fernández de Soto).

El señor Aníbal Ortega hizo al doctor Guillermo Martínez el cargo de haber intervenido, siendo Juez de Circuito en lo Penal de esta ciudad, en un debate político para elegir diputados a la asamblea de Cundinamarca.

El Tribunal Superior de Bogotá, a quien corresponde conocer de esa imputación, resolvió que ella no es constitutiva de delito alguno, ordenando cesar todo procedimiento contra el acusado, al tenor

de lo dispuesto en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938).

Tal decisión debe revisarla la Corte por consulta.

Se considera:

En las declaraciones hechas por el señor Ortega se lee lo siguiente como síntesis de la acusación:

“El señor Guillermo Martínez sin haber solicitado licencia para separarse de su cargo de Juez del Circuito de Bogotá, estuvo en la Convención de Ubaté gerenciando su candidatura, y además recorriendo todas las poblaciones y campos de la provincia de Ubaté, trabajando para conseguir lo que perseguía. Su campaña consistía en reunir a las directivas políticas de los municipios, en forma pública, para atraer opinión y para hacer triunfar su candidatura”.

El Fiscal del Tribunal, al solicitársele su concepto sobre si era el caso de abrir investigación, dijo no haber fundamento para ella y pidió se aplicara el artículo 153, ya citado. En su vista hace, entre otras, la siguiente apreciación acerca del hecho denunciado:

“El (se refiere al doctor Martínez) no tenía necesidad de pedir licencia de su cargo de Juez del Circuito de Bogotá, mientras ‘gerenciaba’ su candidatura por la circunscripción electoral de Ubaté, puesto que en aquella circunscripción no tenía jurisdicción el doctor Martínez, no estaba impedido por la ley para hacer política fuera de la circunscripción de Bogotá, podía hacer parte de directivas políticas en la región de Ubaté y naturalmente podía trabajar en aquella región para que triunfara su candidatura, como efectivamente triunfó”.

El Tribunal acogió el parecer de su fis-

cal y declaró, en consecuencia, que no era el caso de adelantar el informativo, por no constituir infracción penal las actividades atribuidas al Juez Martínez.

En completo desacuerdo con esa decisión, el señor Procurador Delegado en lo Penal conceptúa lo siguiente:

“De suerte que la denuncia del señor Aníbal Ortega sí da materia para abrir una investigación de carácter penal, por el cargo de haber desarrollado el doctor Martínez actividades para alcanzar el fin de ser elegido diputado a la Asamblea departamental, y no por el simple hecho de haber sido candidatizado para esa investidura por un círculo distinto de aquel en que actuaba como Juez, lo cual no entraña delito alguno.

“Además, cabe observar desde ahora que no es posible confundir la jurisdicción territorial de un Juez, para los efectos de administrar justicia, con la extensión de la ley penal en el espacio para cobijar los actos delictuosos que el Juez pueda desarrollar en cualquier lugar del territorio nacional. Más claro: la ley penal reprime al funcionario público donde quiera que delinca, aunque ese lugar no esté precisamente dentro del radio de su jurisdicción. En materia penal, no hay jurisdicción determinada para ejecutar actos punibles”.

Está en lo cierto el señor Procurador. Las actividades políticas de los funcionarios o empleados públicos, verbi-gracia, las imputadas al Juez Martínez, están previstas como constitutivas de delito por el artículo 180 del Código Penal (Ley 95 de 1936).

Es la calidad de empleado público la que origina por sí misma la incompatibilidad, sin que ésta desaparezca por el hecho de que la actuación electoral del funcionario tenga lugar en territorio distinto al de su jurisdicción.

Por lo demás, la Corte, en un caso aná-

logo, dijo en auto de 7 de octubre de 1940:

“El debate político para elegir diputados a las asambleas departamentales es uno sólo en todos los municipios de cada Departamento, sin que su unidad se afecte porque se haya dividido el respectivo territorio en círculos electorales. Esta división es un medio adoptado para la distribución proporcional de las curules entre los partidos, procurando a la vez una relativa representación de los intereses locales. De suerte que en el campo de la responsabilidad jurídica, que es de lo que aquí se trata, formarían un todo indivisible las actividades políticas de un ciudadano en diferentes lugares de un departamento, con ocasión del proceso electoral para constituir la asamblea”.

Las consideraciones anteriores son suficientes para concluir que la providencia consultada debe revocarse, por no ser el caso de aplicar el referido artículo 153.

A mérito de lo expuesto, 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, REVOCA la providencia consultada, fechada el 6 de febrero del año en curso, por la cual el Tribunal Superior de Bogotá decretó la cesación de todo procedimiento contra el doctor Guillermo Martínez, por el cargo que le hizo el señor Aníbal Ortega de haber intervenido en la política estando de Juez de Circuito en lo Penal de esta ciudad, y en su lugar ORDENA adelantar la investigación correspondiente.

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

Absalón Fernández de Soto — José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre—
Julio E. Argüello, Secretario.



COPARTICIPACION DELICTUOSA — VEREDICTO EVIDENTEMENTE CONTRADICTORIO.

Sobre el discutible y discutido tema de la complicidad, la Corte expresa dos enunciados y hace varias preguntas, sin responder categóricamente a éstas y sin examinar a fondo las dos breves y sencillas ideas o verdades, porque no es la oportunidad de lo uno ni lo otro.

Primer enunciado. Dentro de la vasta agrupación genérica denominada concurso de delincuentes, se hallan las formas de los *simples coautores* y de los que el Código Penal de 1890 llama *coautores en concurso recíproco*, con diferencias de grande importancia que se concretan en que no siempre el concepto de la palabra *coautores* equivale al pensamiento que surge de la frase *concurso recíproco*, pues si todos los que delinquen en concurso recíproco son coautores, no en todo delito ejecutado por dos o más coautores habrá concurso recíproco.

Segundo enunciado. No se puede ni se debe circunscribir lo que es una participación principal delictuosa a los estrechos y deficientes límites que señala la Procuraduría, puesto que si es factible el concurso recíproco en un homicidio, como factible es también ese fenómeno, v. g., en un robo, aunque no todos los cooperadores *hagan* las lesiones personales que originen el primer delito, ni en el segundo efectúen la violencia y se apoderen directamente de la cosa mueble ajena, factibilidad que acompaña a todas o casi todas las infracciones de la ley penal.

Pregunta. El caso de A, al igual de muchos en que uno o más participantes no llevan a cabo, de por sí, la acción material consumativa, es o no un

caso de coautor del asesinato de B, en concurso recíproco con X y Z, habiendo mediado la eficacia de la actividad criminal de A, actividad cuya naturaleza califica el señor Procurador delegado de "eficacia indispensable"?

Pregunta. Si A, y los otros dos reos previamente concertaron quitarle la vida a B, y si acudieron al lugar del crimen en comunión de voluntades a desempeñar cada cual la parte convenida de antemano, que cada uno cumplió, esa mutua asistencia en todas las fases del delito constituirá o no el clásico concurso de voluntad y acción y el concurso positivista de acción e intención?

Pregunta. Qué es concurso de acción? Será consumir conjuntamente el episodio final de un delito, o basta una cooperación como la de A?

Pregunta. Será cierto que en el Código Penal de 1890 no existe el caso de la *complicidad necesaria*, estudiada por los penalistas clásicos, que no es un ente de razón ni un nuevo modo de delinquir, sino una natural realidad de la codelincuencia en todos los tiempos?

Marcada en firme la participación principal de A, el veredicto que asintió a ella no hizo otra cosa que sellar la índole solidaria de una codelincuencia al mismo nivel intensivo que tuvo y tiene la responsabilidad de los dos compañeros de A, y así el Jurado fue lógico y su respuesta no adolece de la más mínima contradicción.

En el "Sí" con que el Jurado con-

testó a cada uno de los dos interrogantes para A, materialmente no cabe contradicción. Y como ésta la encontró el señor Procurador delegado en su doble teoría de que A ni obró en concurso recíproco con los otros reos ni fue cóautor del asesinato, de ese criterio de relación a opuestos hechos y pareceres de derecho, por más que fueren incontrovertibles, nunca se podrá desprender el aserto de que es contradictorio el veredicto. Tal discordia sólo se referiría a que el veredicto es injusto, causal de casación no invocada.

Y es que contradictorio es lo que envuelve afirmación y negación a la vez, que se oponen una a otra y que se destruyen mutuamente. Lo contradictorio de un veredicto está en la imposibilidad de conciliar sus propias voces en que unas afirman lo que otras niegan, no pudiendo ser a un mismo tiempo verdaderas ni falsas a un tiempo mismo, y no es ni puede ser la discrepancia u oposición de los términos en que se escribió, con alguna cuestión de hecho o cualesquiera opiniones de derecho, porque cuando un veredicto contradice abiertamente los hechos y el derecho, hay apenas campo, se repite, a la declaración de injusticia notoria.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, junio diez y nueve de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Campo Elías Aguirre).

A Tito Pinzón y Santos y Ceferino Muñoz les abrió causa el Juez 2º Superior de Pamplona por homicidio en la persona de Ildefonso Verjel, delito que se cometió el veintiuno de mayo de mil novecientos treinta y seis, al empezar la noche, en el paraje "Maracaibito" del municipio de Hacarí.

Expresó el juez que "se está en pre-

sencia de un homicidio premeditado, esto es previamente acordado por los referidos Pinzón y los Muñoz, quienes deberán responder como coautores del mismo y por haberlo realizado previa asechanza y sobreseguo, en forma cobarde y alevosa".

Y así, con los caracteres del asesinato ante el Código de 1890 e igual fijación de delincuencia para aquellos individuos, quedó en firme el procesamiento.

Para mejor entender lo que es una de las materias del presente estudio, la Corte cree necesario contar, de modo breve, lo ocurrido.

Se dice que Tito Pinzón y los hermanos Ceferino y Santos Muñoz, en ánimo de venganza, tomaron la resolución anticipada de matar a Ildefonso Verjel; y armados de sendas escopetas Tito y Ceferino, se fueron todos a la casa de la víctima, ya al anochecer, cuando Verjel se hallaba en su cama. A fin de que saliera, Santo Muñoz gritó "Ildefonso es un hijo de puta". Se levantó Ildefonso y salió. Entonces, desde un extremo o esquina de la casa Pinzón le disparó, recibiendo Verjel el tiro en la espalda, y en seguida, de la otra esquina, Ceferino a su vez lo hirió con una descarga de su escopeta en la ingle izquierda. Verjel cayó muerto.

El Jurado declaró la responsabilidad de cada uno de los tres reos por haber causado la muerte de Ildefonso Verjel, en concurso recíproco, a consecuencia de heridas con proyectiles de escopeta, premeditadamente y mediando circunstancias de asesinato (99 y 100 del cuaderno primero).

El juez acató el veredicto por parecerle justo, y luégo de una cuerda comparación entre la penalidad del código antiguo y la del actual, hubo de escoger, por más favorable, la que trae el artículo 363 del código de 1936.

A cada homicida le impuso diez y nueve años y medio de presidio, en sentencia de 12 de diciembre de 1938 que el Tribunal Superior de Pamplona confirmó el 17 de mayo de 1939.

Anota la Sala que el juez y el Tribunal no pronunciaron la totalidad de las penas anexas del código *ex post facto*, debiendo haberlas deducido completas.

El negocio llegó a la Corte en recurso de casación contra el fallo del Tribunal, y el señor Procurador delegado pide que se infirme la sentencia y se disponga convocar un nuevo Jurado que resuelva otra vez las cuestiones planteadas en el auto de proceder.

Contiene el escrito de los recurrentes dos causales de casación, a saber:

“Ser violatoria la referida sentencia de la ley procedimental, por cuanto se dictó ese fallo sobre un juicio afectado de nulidad absoluta.

“Ser la sentencia violatoria de la ley penal, una vez que hubo errada interpretación de la misma y se aplicó una disposición distinta de la que correspondía aplicar”.

Una y otra causales son sustentadas por los procesados en el memorial de fs. 24 a 26 del tercer cuaderno. Y si las razones en que se basan no conducen a que prospere el recurso, y si es verdad que mencionan la Ley 78 de 1923, la demanda de casación existe, a pesar de sus errores, y no es el “alegato de instancia” de que habla el señor Procurador delegado.

La Procuraduría, con la facultad que le otorga el artículo 6º de la Ley 118 de 1931, traduce o convierte los motivos de los reos en las causales 2ª y 6ª del artículo 3º, *ibidem*: Nulidad del juicio y vedito evidentemente contradictorio.

Estudiará la Corte el problema de la manera siguiente:

Causal de nulidad

En este punto el señor Procurador compendia los argumentos de los reos, quienes alegan lo que a continuación también resume la Sala:

a) Elegido jurado Leonidas Vera, el Secretario del Juzgado Superior de Pamplona informó varios días después del sorteo, que en dicho municipio no era conocido aquél, de donde los recurrentes infieren que, no existiendo tal ciudadano, se produjo la nulidad 3ª del artículo 265, Ley 57 de 1887, por figurar en la lista un designado que carece de las cualidades necesarias para desempeñar el cargo;

b) El testimonio de Ana Aurelia Pérez se redactó con enmiendas y correcciones que prohíbe la Ley 104 de 1922; y

c) Santos Muñoz, menor de veintinueve años, no fue asistido en su indagatoria por un curador *ad litem*.

Acoge la Sala las réplicas del señor Procurador. Al punto a): “Del hecho de que el señor Secretario del Juzgado no conociese al señor Leonidas Vera que figuraba en la lista de jurados, no se deduce que esa persona no existe realmente. Desde el momento en que el Tribunal de Pamplona lo incluyó en la lista de jurados, hay que presumir que es una persona física con existencia efectiva, y tocaba a los recurrentes presentar las pruebas del caso para establecer que el nombre de Leonidas Vera era una simple invención del Tribunal; por no corresponder a ningún individuo de la especie humana habitante en ese lugar”. Al punto b): “Es cierto que en la declaración de la testigo Ana Aurelia Pérez aparecen entre renglonaduras — no raspaduras. Pero también es verdad que ellas fueron salvadas al final de la declaración, sin que durante el sumario ni la causa se tachara de falsa la declaración por esa circunstancia. Este es un cargo de última hora, surgido en el recurso de casación”. Ade-

más, aun cuando la irregularidad existiera, ella no está contemplada como causal de nulidad por los artículos 264 y 265 de la Ley 57 de 1887.....” Y al punto c): “La razón anterior sirve igualmente para contestar a este nuevo cargo con la observación de que no está demostrado que Santos Muñoz fuese menor de edad el día de la indagatoria, ya que en esa diligencia manifestó ignorar cuántos años tenía. Además, en el auto de proceder el señor Juez afirma que Santos es mayor de edad, lo que debió consignar en vista del aspecto y desarrollo físicos del enjuiciado”.

Por tanto, la acusación de nulidad es inepta.

Causal 6ª — Haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

La violación de la ley penal en el fallo por errada interpretación o por indebida aplicación de esa ley penal, es motivo que los reos fundan, secundariamente, en un párrafo que reza:

“Además, señores Magistrados, a uno de nosotros, Santos Muñoz, se aplicó la misma pena que a los llamados autores materiales, cuando de autos resulta claro que él no cooperó con eficacia en los actos consumativos de la acción criminosa, sino que su intervención fue negativa, no encaminada físicamente a los resultados del propósito delictual”.

Pues de la idea que ese párrafo encierra se ha servido el señor Procurador para apoyar la causal del veredicto evidentemente contradictorio, y discurre así:

“De acuerdo con las constancias procesales, el Tribunal acepta en su sentencia que la colaboración de Santos Muñoz se contrajo a “instigar a Ildefonso Vergel para que abandonara el lecho y saliera de su casa a fin de que los compañeros de delito desarrollaran a su vez el papel que les correspondía”.

“Asímismo reconoce el Tribunal que los autores verdaderos de la muerte, los

que hicieron los dos disparos de escopeta que ultimaron a Vergel, fueron Tito Pinzón y Ceferino Muñoz.

“Conforme a los principios de la ciencia penal clásica, aplicables a este proceso, son coautores los que concurren a la consumación del delito con voluntad y acción tan intensas que agotan los elementos constitutivos del mismo. De ahí que el artículo 22, numeral 1º, del Código Penal de 1890, que consagra el concurso recíproco, haya dicho que son autores del delito los que lo cometen espontáneamente, esto es, los que ejecutan la acción material y principal en que consiste el hecho punible.

“Y como Santos Muñoz no disparó en los momentos del homicidio, ni ejecutó acto alguno que contribuyese a extinguir la vida de la víctima, en el rigor de los principios clásicos, su colaboración no puede ser la de un autor en concurso recíproco con los otros dos acusados.

“Es cierto que su actividad delictuosa fue cobarde y contribuyó con mucha eficacia, hasta puede decirse que con eficacia indispensable, a la consumación del homicidio. Pero esta situación ya sería la de cómplice necesario, que no reconoce el código anterior y que por lo mismo no puede capitalizarse contra el reo. Si fuera a juzgarse a Santos Muñoz conforme al nuevo código, sí podría igualarse su participación en el delito a la del autor principal, en virtud de que en este código sí existe el fenómeno de la complicidad necesaria. (Artículo 19).

“Ahora bien: los cuestionarios propuestos al jurado contienen la afirmación, para cada uno de los acusados, ‘de haber causado la muerte de Ildefonso Vergel, en concurso recíproco de otras personas, a consecuencia de heridas producidas con proyectiles de escopeta’.

“Y como está aceptado que Santos no disparó arma alguna contra Ildefonso Vergel, mal podía él causarle a éste la muerte en concurso recíproco con otras personas y menos por medio de heridas producidas con proyectiles de escopeta.

De donde se concluye que, armonizando los tres veredictos dados por el jurado a la primera cuestión, esos veredictos consagran este absurdo: que tres personas, dos de ellas con escopeta y otra sin escopeta, que no oprimieron simultáneamente el gatillo de las dos armas, sin embargo todas tres causaron las heridas mortales y son responsables penalmente en igualdad de circunstancias; es decir, que quien en la realidad de lo acontecido no disparó la escopeta en ningún momento, conforme al veredicto sí empleó dos escopetas que no tenía en sus manos al consumarse el homicidio porque esas armas eran disparadas por otras dos personas.

“Por tanto, siendo palmaria la contradicción de los veredictos, contradicción derivada del errado criterio con que se apreció la participación de Santos Muñoz en el delito, no queda otro camino que infirmar totalmente la sentencia del Tribunal para que otro jurado califique con mejor acierto la situación de los acusados.

“Desde luego cabe observar que la injusticia que aquella contradicción entraña, no se refiere propiamente a la falta de prueba que tuviese el jurado para dar su veredicto afirmativo, sino a la mala apreciación de la situación jurídica de uno de los acusados — Santos Muñoz — que llevó a los jueces de hecho a contestar los cuestionarios desconociendo el principio de contradicción y cayendo en el absurdo.

“En todo caso, se trata de un homicidio muy grave que el nuevo jurado estudiará con el celo y cuidado que merece.

“Finalmente alegan los recurrentes que hubo mala aplicación de la ley penal; pero prosperando, como prospera, la causal sexta de casación, este otro aspecto del asunto ya carece de importancia, puesto que habrá de reunirse un nuevo jurado y la sentencia también habrá de ser nueva”.

Que las reflexiones del señor Procurador delegado fueran adecuadas para probar lo evidentemente contradictorio del veredicto, y serían oportunos el examen a fondo de dos muy interesantes enunciados acerca del discutible y discutido tema de la complicidad en su amplia significación de participación principal o accesoria de varias personas en uno o más delitos, y la categórica respuesta a cuatro preguntas que la Corte desprende del raciocinio de la Procuraduría:

Primer enunciado. Dentro de la vasta agrupación genérica denominada concurso de delinquentes, se destacan, excluyendo ciertas especies más graves, las formas de los simples coautores y de los que el Código Penal de 1890 llama coautores en concurso recíproco, con diferencias de grande importancia que se concretan en que no siempre el concepto de la palabra coautores equivale a la idea que surge de la frase concurso recíproco, pues si todos los que delinquen en concurso recíproco son coautores, no en todo delito ejecutado por dos o más coautores habrá concurso recíproco.

Segundo enunciado. No se puede ni se debe circunscribir lo que es una participación principal delictuosa a los estrechos límites, en demasía deficiente, que señala el señor Procurador, puesto que sí es factible el concurso recíproco en un homicidio, como factible es también ese fenómeno, v. g., en un robo, aunque no todos los cooperadores hagan las lesiones personales que originen el primer delito, ni en el segundo efectúen la violencia y se apoderen directamente de la cosa mueble ajena, factibilidad que acompaña a todas o casi todas las infracciones de la ley penal.

Pregunta primera. El caso de Santos Muñoz, al igual de muchos sucesos en que uno o más participantes no llevan a cabo, de por sí, la acción material consumativa, es o no un caso de coautor del ase-

sinato de Ildefonso Vergel, en concurso recíproco con Tito Pinzón y Ceferino Muñoz, habiendo mediado la eficiencia de la actividad criminal de Santos, actividad cuya naturaleza califica el señor Procurador de "eficacia indispensable?"

Pregunta segunda. Si Santos Muñoz y los otros dos reos previamente concertaron quitarle la vida a Vergel, y si acudieron al lugar del crimen en comunión de voluntades a desempeñar cada cual la parte convenida de antemano, que cada uno cumplió, esa mutua asistencia en todas las fases del delito constituirá o no el concurso de voluntad y acción que exigen los clásicos, y el concurso de acción e intención que los positivistas requieren?

Pregunta tercera. Qué es concurso de acción? Será consumir conjuntamente el episodio final de un delito, o basta una cooperación como la de Santos Muñoz?

Pregunta cuarta. Será cierto que en el Código Penal de 1890 no existe el caso de la complicidad necesaria, pensando en que los sostenedores de la ciencia penal clásica estudian esa figura, que no es un ente de razón ni una forma o modo nuevo de delinquir, sino una sencilla realidad de la codelinuencia en todos los tiempos?

Pero es que aun cuando se supusiese exactamente ceñida a los cánones del derecho penal la disertación de la Procuraduría, sucede que es inoperante e impropia para la demostración de la causal 6ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931, y de allí que no sean oportunas en ese fallo el examen de las enunciaciones referidas y la contestación a las anteriores preguntas.

Y son inadecuadas las reflexiones del señor Procurador delegado en orden a justificar dicha causal, por esto:

1º El enjuiciamiento marcó en firme la coparticipación principal de Santos Muñoz, y el veredicto que asintió a ella no hizo otra cosa que sellar la índole solida-

ria de una codelinuencia al mismo nivel intensivo que tuvo y tiene la responsabilidad de los dos compañeros de Santos; luego el jurado fue lógico y su respuesta no adolece de la más mínima contradicción;

2º Contradictorio es lo que envuelve afirmación y negación a la vez; que se oponen una a otra y mutuamente se destruyen. Lo contradictorio de un veredicto está en la imposibilidad de conciliar el contenido de sus propias voces o proposiciones en que unas afirman lo que otras niegan, no pudiendo ser a un mismo tiempo verdaderas ni falsas a un tiempo mismo, y no es ni puede ser la discrepancia u oposición de los términos en que se concibió, con alguna cuestión de hecho o con cualesquiera opiniones de derecho, porque cuando un veredicto contradice evidentemente los hechos y el derecho, hay apenas campo a la declaración de notoria injusticia;

3º El jurado contestó con un "Sí" a cada uno de los dos interrogantes para Santos Muñoz, secas afirmaciones en que materialmente no cabe contradicción. Y como ésta la encontró el señor Procurador en su doble teoría de que Santos ni obró en concurso recíproco con los otros ni fue coautor del asesinato, de ese criterio de relación a opuestos hechos y pareceres de derecho, aun cuando fueren incontrovertibles, nunca se podrá desprender el aserto de que es contradictorio un veredicto. Tal discordia, se repite, sólo autorizaría para concluir que el veredicto es injusto, causal de casación que no se ha invocado; y

4º De suerte que el para la Procuraduría "errado criterio con que se apreció la participación de Santos Muñoz en el delito" y la pretensa mala estimación de la situación jurídica del mismo reo, no son el camino indicado para llegar a la finalidad defendida por el señor Procurador.

Inepta es, también, la acusación del fallo por la causal 6ª del artículo 3º (Ley 118 de 1931), que, de estar fundada, sería declarable en cuanto a Santos Muñoz,

no más, puesto que no hay razón para extenderla a Ceferino Muñoz y Tito Pinzón.

Al no prosperar las causales de nulidad y veredicto evidentemente contradictorio, es menester que la Corte estudie el segundo motivo que alegaron los reos:

Ser la sentencia violatoria de la ley penal por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma.

Y sostienen los recurrentes:

“Dispone el artículo 38 de la Ley 95 de 1936 que la buena conducta anterior del reo es signo o causal de menor peligrosidad. Y contra el espíritu de tal artículo se nos calificó la delincuencia en grado medio, cuando la misma ley citada en su artículo 39 manda imponer el mínimo de la pena para los casos de menor peligrosidad. En el hecho a nosotros imputado concurrían las circunstancias siguientes: ser el primer delito, haber observado antes buena conducta, la edad de uno de los procesados, las condiciones de inferioridad psíquica por el medio ambiente en que vivíamos, la ignorancia, la condición de labriegos, etc. Luego por este motivo también cabe la casación del fallo de segunda instancia.

“Además, señores Magistrados, a uno de nosotros, Santos Muñoz, se aplicó la misma pena que a los llamados autores materiales, cuando de autos resulta claro que él no cooperó con eficacia en los actos consumativos de la acción criminosa, sino que su intervención fue negativa, no encaminada físicamente a los resultados del propósito delictual.”

Que a Santos Muñoz se le condenara a la misma sanción impuesta a los restantes reos, en lugar de ser mala interpretación o aplicación indebida de la ley penal, fue justa obediencia al cargo del enjuiciamiento y al veredicto. Y subsistiendo éstos en todo su vigor, Santos Muñoz merecía y merece la misma represión que se aplicó a los otros (artículos 26 del C. P. de 1890 y 19 del C. P. de 1936), sin las disminuciones o atenuaciones a que

se prestan los artículos 21 y 22 del nuevo Código Penal, por carecer de datos en qué basarlas.

La buena conducta anterior de un reo es circunstancia de menor peligrosidad (1ª del artículo 38), pero el mínimo de la sanción no se impone sino cuando únicamente concurren circunstancias de esa clase (artículo 39).

El Tribunal, con acierto, halló establecidas dos de menor peligrosidad: la 1. y la 11. Y en lo que atañe a las de mayor peligrosidad dedujo varias, también, sacadas de la 6ª y la 8ª, pecando por defecto, ya que olvidó la 3ª y la 9ª.

Y si a todo se añade la máxima gravedad del hecho (artículo 36), el aumento de cuatro años y seis meses sobre el mínimo del artículo 363 para los tres reos, no es susceptible de crítica alguna. Sólo que ya es impertinente usar en la legislación penal de 1936 la antigua regla de aplicar el término medio del mínimo y máximo, fórmula que emplearon el Juez y el Tribunal.

Por último, resalta la favorabilidad del nuevo Código en la medida de pena que se pronunció, comparándola con la sanción fija de veinte años de presidio de la ley que regía a la fecha del delito.

Tampoco está justificada la causal de indebida aplicación de la ley penal o de interpretación errónea de la misma.

Antes de poner fin a la parte motiva de esta sentencia, conviene despejar un equívoco que podría surgir de la vista del señor Procurador cuando dice que armonizando los tres veredictos dados por el jurado a la primera cuestión, esos veredictos consagran el absurdo de que tres personas, dos de ellas con escopeta y otra sin escopeta, que no oprimieron simultáneamente el gatillo de las dos armas, sin embargo todas tres causaron las heridas mortales y son responsables penalmente en igualdad de circunstancias.

Los cuestionarios propuestos al jurado, como lo advierte el mismo señor Procura-

dor, preguntan respecto de cada uno de los acusados si es responsable "de haber causado la muerte de Ildefonso Vergel, en concurso recíproco de otras personas, a consecuencia de heridas producidas con proyectiles de escopeta", no si cada uno de los tres acusados es responsable de haber inferido la herida mortal. Por consiguiente, tampoco hay contradicción entre su veredicto y otro.



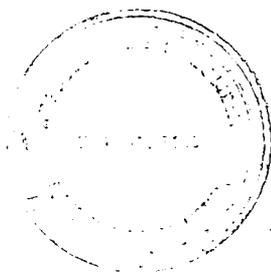
En mérito de lo dicho y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, la Sala de Casación Penal de la Corte Supre-

ma, en desacuerdo con lo pedido por el señor Procurador delegado, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona que condenó a Tito Pinzón, Ceferino y Santos Muñoz, a diez y nueve años y medio de presidio, cada uno, por el delito de asesinato en Ildefonso Vergel.

Devuélvase el expediente al Tribunal a quo.

Notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Campo Elías Aguirre — José Antonio Montalvo — Absalón Fernández de Soto.
Julio E. Argüello R., Secretario.



APLICACION DE MEDIDAS DE SEGURIDAD A DELINCUENTES ANORMALES, EN LOS CASOS NO PREVISTOS POR EL ARTICULO 29 DEL C. P. DE 1890

El artículo 29 del código penal de 1890 sólo contempló los dos extremos: la demencia absoluta o anulación total de la razón y la normalidad mental. Los estados anormales intermedios no fueron allí previstos, no siéndole posible a un tribunal de derecho, como la Corte, amparar con la exigente de locura a quien los médicos solamente consideran como un *débil mental*.

En los casos de delitos cometidos antes del 1º de julio de 1938 por anormales no excusables, se impone la comparación de los dos sistemas penales a efecto de aplicar, de acuerdo con el principio constitucional de favorabilidad, las medidas de seguridad previstas en el capítulo 2º, título 2º, libro 1º del estatuto de 1936, en lugar de las penas aflictivas establecidas en el código de 1890.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, veinte de junio de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Absalón Fernández de Soto).

En providencia de 26 de agosto de 1938, la Corte resolvió casar la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga que impuso a Antonio Muñoz Leal la pena principal de veinte años de presidio por el delito de uxoricidio, con aplicación del Código de 1890, y para mejor proveer ordenó que el reo fuera examinado por los médicos legistas de la oficina central de Bogotá.

Conviene recordar los antecedentes de tal resolución.

Los autos vinieron a la Corte en recurso de casación interpuesto contra la sentencia por el defensor del reo, quien invocó las causales 1ª, 2ª, 3ª y 5ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931, vigente en la época en que se inició el proceso.

El señor Procurador Delegado en lo Penal estudió por todas sus fases las cuestiones propuestas en la demanda. De su detenido estudio dedujo que por los motivos alegados en ella no podía prosperar la casación; pero al examinar la causal 5ª expuso lo siguiente:

“Causal 5ª ‘Ser la sentencia violatoria de la ley, por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, siempre que esta cuestión haya sido debatida previamente en las instancias’.

“Fuera de que la injusticia del veredicto no se debatió en las instancias, en la forma concreta en que lo quiere la ley, las razones que aduce al respecto el recurrente, la hacen desechable.

“Dice el señor defensor:

“La defensa logró acreditar con datos científicos que expuso ampliamente en la audiencia, que se trataba de un anormal a quien no podía exigirse responsabilidad legal dentro del estado de nuestra legislación.

“Exigir responsabilidad penal a un individuo por un acto realizado en un acceso de locura moral es una cosa contraria a la evidencia, mientras el concepto de la responsabilidad se funde en la imputabilidad moral del hombre”.

“Tales afirmaciones son de la esencia de la causal tercera, relativa al cuerpo del delito, desde luego que si se demuestra que el acusado estaba enfermo de la men-

te cuando cometió el hecho, falta el elemento formal del cuerpo del delito, el elemento psíquico que le da vida al acto y lo hace criminoso y punible, hecho que queda entonces en el terreno de la simple desgracia, de la infelicitas fati. Esta apreciación, claro está, se hace dentro de los principios clásicos que denominan nuestra legislación penal.

“Así planteada la cuestión, procede la Procuraduría a contestar las objeciones del demandante.

“Sostiene él, como se deja visto, que Antonio Muñoz procedió en un ‘acceso de locura moral’, y por eso no es sujeto de derecho.

“Tal concepto lo lanza basado en el dictamen del médico legista de Bucaramanga, doctor Salvador Pérez.

“En verdad, este perito examinó varias veces al acusado y los síntomas que presentaba, lo indujeron ‘a pensar que Muñoz tiene un esbozo de Mixedema o insuficiencia de la glándula tiroide que ha mejorado desde que disfruta de una alimentación más variada’. Luégo concluyó:

“Dado que los síntomas observados en Muñoz tengan fundamento, se llega a la conclusión de que un individuo afectado de un estado anémico avanzado y de una mixedema en evolución, acribillado por los celos tuvo un acceso de locura moral, durante el cual dio muerte a la esposa” (Fs. 7 del cuaderno de pruebas).

“Claramente se advierte que, dada la forma hipotética en que está concebido ese concepto y el hecho de ser rendido por un solo perito, lo hacen inhábil para establecer una certidumbre plena e inconclusa acerca de la anormalidad psíquica del delincuente en los momentos del suceso. Por lo cual no puede aceptarse que el veredicto peque contra la evidencia de los hechos, ni que el elemento formal del cuerpo del delito falte en este proceso.

“Empero ese dictamen, unido a la forma desconcertante como se consumó el homicidio, sí es suficiente para abrir una duda acerca de la responsabilidad normal

del acusado y de su imputabilidad moral. Y sería entonces el caso de pedirle a la Honorable Corte que infirmara la sentencia y dictara un auto para mejor proveer, en el sentido de ordenar el examen médico legal del acusado en esta ciudad, si la Procuraduría no estuviese enterada de la última doctrina sentada al respecto por aquella autoridad, que hace inútil toda petición al respecto.

Se refiere luégo a las opiniones emitidas por la Corte en el caso de Sibel Murillo y concluye esta parte de su vista así:

“De ahí, pues, que la Procuraduría no se atreva en el presente caso a solicitar el auto para mejor proveer, pero sí deja a la consideración de la Honorable Corte este reparo contra la sentencia por el aspecto de la causal tercera, y le pide atentamente tenga en cuenta las observaciones anteriores que formula con el debido respeto”.

Como se ve, el señor Procurador, hallando en la motivación del recurso razones que a su juicio suministraban serias dudas sobre la existencia del cuerpo del delito, con acierto trató de orientar el debate hacia la causal 3ª y con apoyo en ella sugirió el auto para mejor proveer.

La Corte, luégo de explicar algunas particularidades del proveído dictado en el caso de Sibel Murillo — mencionado por el Procurador — hizo un extenso comentario acerca de los elementos constitutivos del delito en abstracto y aplicando la teoría al caso concreto del uxoricida Muñoz admitió, con base en el dictamen del médico legista de Bucaramanga doctor Salvador Pérez, que había un factor de incertidumbre en el proceso, como era establecer si el acusado era un irresponsable moral. Siendo ésta una cuestión esencial, susceptible de ser aclarada por la oficina central de medicina legal de Bogotá, la Corte optó por infirmar la sentencia por la causal 1ª de casación y para mejor proveer dispuso someter a Muñoz al estudio de los facultativos a cuyo cargo está la mencionada oficina.

La materia que debía esclarecerse la refirió a dicha causal, estimando que, mediante el examen científico de la mentalidad de Muñoz, habría de saberse si la ley penal fue bien o mal aplicada.

De paso se observa que en fallos posteriores la Corte ha resuelto que, atendida la índole del recurso de casación en materia penal, el auto para mejor proveer debe dictarse antes de la sentencia que decide del mérito del recurso. Además, en el caso de Bejamín Barrera o Valencia la mayoría de esta Sala expresó opiniones tendientes a definir el campo de acción del referido auto en cada una de las causales de casación establecidas en la ley 118 de 1931, aplicable aun en los procesos iniciados con anterioridad a la vigencia de la nueva legislación procedimental (Casación, abril 1º de 1941, G. J., Tomo L, números 1966, 1967 y 1968, páginas 830 a 843).

El cuestionario sometido a los médicos legistas de la capital fue el siguiente:

"a) En el momento en que Antonio Muñoz Leal mató a su mujer legítima Inocencia Carreño sufría una perturbación psíquica, inhibitoria de las facultades mentales o volitivas?, y

"b) De qué causa, si existió, dependía esa perturbación, científicamente explicada como antecedente del hecho imputado?"

Los facultativos, teniendo a la vista el proceso, hicieron varios reconocimientos al sindicado. Del examen somático de Muñoz Leal dedujeron que "pertenece al tipo pánico de la clasificación morfológica de Krestchmer".

Como caracteres importantes anotaron:

"Su rostro es lunático; la piel en todo el cuerpo es infiltrada edematosa, reseca, con poca elasticidad. Manos cortas; dedos anchos un poco aplanados, piernas cortas edematosas, abdomen globuloso. Apenas se ven pelos en las axilas, y no existen en las tetillas. En el pubis su sistema piloso es escaso y está dispuesto en línea horizontal. Al examinar el cuello se ve que casi no se aprecia el cuerpo ti-

roides, el cual está muy poco desarrollado (atrofia). Estos signos corresponden a un estado de insuficiencia tiroidea (forma mixoedematosa).

Acerca de su estado psíquico hicieron las siguientes observaciones:

"Desde que se principia una conversación con Muñoz se manifiesta el individuo eufórico que poco se da cuenta de su situación de sindicado por grave delito. Resulta difícil interrogarlo por los sucesos porque se le llama a juicio, porque se hace difuso, toma las preguntas en sentido contrario, a veces piensa que su esposa no ha muerto, y en otras ocasiones cree que probablemente otra persona le dio muerte, y a él le acusan de una falsedad. En ningún momento precisa nada de lo que sucedió, lo cual está de acuerdo con lo que expresa en sus indagatorias, cuando a una pregunta del funcionario dice así: 'Pues es que cuando se le cargan a uno, a una mujer o a un hombre, por güenos que sean siempre pueden llegar a ser malos y eso es lo que muchas veces motivan las cosas y como eso es muy triste por eso es que resultan las cosas'."

"En la ampliación de su indagatoria a folios 24 cuando le preguntan 'algunos de los testigos de los que han declarado aquí dicen que su esposa se murió, será cierto?' Contestó: 'Quien sabe eso son mentiras, unos dicen que se murió y otros dicen que está viva; lo que hay allá es una partida de enredijos'. 'Preguntado: Su mujer ha venido a verlo aquí ahora que usted está preso o le ha mandado alguna cosa? Contestó: Ella lo mismo le da que uno esté muriéndose o nó; ella no es mujer de corazón'. Transcribimos otras de las respuestas de la indagatoria para que se vea su falta de razonamiento y su simplicidad desconcertante: 'Si hubiera modo de ir a verla para saber si le han pagado lo que me están debiendo'. 'Eso si le dieron muerte no es culpa mía; pero el día que yo me vine quedó viva; eso son mentiras; de recién casados dijeron lo mismo'. Con mucha razón el funciona-

rio que tomó la indagatoria al final de ella deja la siguiente constancia: 'Como a pesar de los esfuerzos hechos no ha sido posible obtener del sindicado ninguna respuesta sensata, se suspende por ahora la presente diligencia'. Porque verdaderamente lo que más llama la atención en el sindicado es la indiferencia como se comporta ante las graves acusaciones que se le hacen de haber dado muerte a su esposa, no tratando de simular un estado mental especial, sino revelándose un infantilismo notable, falto de juicio y de apreciación de las ideas.

"Sobre su esposa se refiere en términos despectivos y sin el menor afecto de su parte, otro tanto se revela cuando habla de su madre y de sus hijitas; indiferencia total y ausencia completa de rasgos afectivos. Tiene una tendencia marcada a repetir las palabras que oye sin comprender su significado, de tal modo que interrumpe con frecuencia una conversación con extraños, diciendo cualquier adefesio o vaguedad. Afirma que estuvo algún tiempo en el colegio y que aprendió a leer y escribir; pero es lo cierto que apenas conoce algunas letras, no puede articular las sílabas, e inventa cualquier cosa cuando se le pone a leer. Escribe algunos números y al preguntarle si sabe sumar dice que sí, y al ponerle una suma fácil, da cualquier cantidad demostrando su ignorancia absoluta. Es un verdadero mitómano con toques de fanfarronería. Su ideación es imperfecta, recita automáticamente algunas oraciones pero al hacerle diferenciar el concepto de lo bueno y de lo malo, resulta difuso, y en definitiva no sabe el significado exacto de estas palabras. Su memoria y atención son relativamente buenas, pero las deficiencias resaltan notablemente en su reflexión, juicio y razonamiento.

"Desde el punto de vista sexual nos manifiesta Muñoz que poco le interesan las mujeres, y en realidad se aprecia cierto grado de hipogenitalismo, con apatía y frialdad en sus instintos genésicos.

"En el dictamen del médico legista doctor Salvador Pérez se dice lo siguiente:

'Están a la vista el color y el soplo de la punta del corazón para mostrar la anemia y la cara de media luna, el engrosamiento y endurecimiento de la piel y del tejido celular subcutáneo, el engrosamiento del cuello, la falta de barba y la disminución del sistema pilar del cuerpo, la poca frecuencia del pulso y el aumento de la baja del número de pulsaciones al comprimir los ojos, la pereza sexual de antes del matrimonio y la actual, inducen a pensar que Muñoz tiene un esbozo de mixoedema o insuficiencia de la glándula tiroideas que ha mejorado desde que disfruta de una alimentación más variada y que le lleva al organismo casi todos los elementos que consume, pero que debió ser más desarrollado cuando se encontraba bajo el yugo de las privaciones, del trabajo y de los celos'.

"Estamos de acuerdo con el señor médico legista que emitió su opinión de que este conjunto de síntomas que describe, y que nosotros comprobamos algunos de ellos como son: infiltración edematosa de los tejidos, cara redonda, pequeña talla, conformación de las extremidades, sistema piloso poco desarrollado, atrofia del cuerpo tiroideas, hipogenitalismo, etc., son signos evidentes de una insuficiencia tiroidiana, pero no ya como un simple esbozo de mixoedema, sino que constituye un verdadero estado mixoedematoso, no sólo por las manifestaciones somáticas y endocríneas, sino por las deficiencias de su psiquismo, que demuestran una acentuada debilidad mental, y un estado confuso en la asociación ideativa".

En orden al cuestionario antes transcrito formularon estas conclusiones:

"1º Antonio Muñoz Leal cuando dio muerte a su mujer legítima Inocencia Carreño, sufría de graves anomalías psíquicas, consistentes en debilidad mental pronunciada, confusión y hebetamiento.

"La misma forma como se verificaron los hechos, la nimiedad del móvil, los celos inmotivados (explicables por su hipogenitalismo), su reacción brutal y rápida, su actitud de calma después del ux-

ricidio, están demostrando como obró él en un estado de excitación patológica, en la cual hubo inhibición de sus facultades mentales y volitivas, que son muy deficientes.

"2ª La causa directa de esta perturbación psíquica reside en su insuficiencia tiroidiana que aparece demostrada ampliamente en nuestra exposición.

"3ª Consideramos al examinado como individuo peligroso altamente para la sociedad, y que sus perturbaciones psíquicas pudieran modificarse favorablemente mediante tratamiento de base tiroidiana".

Suscriben el dictamen los médicos le-gistas doctores Guillermo Uribe Cualla y Rafael Martínez Briceño.

Le corresponde ahora a la Corte definir la situación del acusado ante la justicia penal.

El Procurador Delegado, a quien se enviaron de nuevo los autos, formuló su concepto definitivo así:

"El dictamen médico-legal de la oficina central de Bogotá, rendido en virtud del auto para mejor proveer dictado por la Honorable Corte, es claro, rotundo y definitivo: Antonio Muñoz Leal cuando dio muerte a su mujer legítima Inocencia Carreño, sufría de graves anomalías psíquicas, consistentes en debilidad mental pronunciada, confusión y hebetamiento; el mismo condenado obró en estado de excitación patológica, en la cual hubo inhibición de sus facultades mentales y volitivas, que son muy deficientes.

"Teniendo en cuenta ese concepto pericial, debe concluirse que Muñoz, a quien se juzgó con el código de 1890, es irresponsable moralmente de la muerte que dio a su esposa y, por lo tanto, tampoco es responsable ante aquella ley penal.

"Ante esta nueva situación clarificada, la Procuraduría conceptúa que está probada la causal tercera de casación, prevista en el artículo 3º de la ley 118 de 1931, y pide, en consecuencia, muy respetuosamente a la Honorable Corte se digne decidir de conformidad con lo dis-

puesto en el inciso 3º del artículo 4º de la misma ley".

La Corte no encuentra apoyo suficiente en el dictamen pericial para dictar sentencia con aplicación del artículo 29 del código penal de 1890, que dice así:

"Son excusables y no están por consiguiente, sujetos a pena alguna:

"1º El que se halle en estado de verdadera demencia o locura al tiempo de cometer la acción, o privado involuntariamente del uso de su razón".

Los conceptos de carácter psiquiátrico contenidos en la parte final del referido informe, son ciertamente claros, pero ellos, por sí solos, no satisfacen la exigente fórmula del viejo código, menos si se hace la necesaria apreciación de conjunto a fin de armonizar las diferentes partes de la pericia y ésta con la realidad procesal.

Los facultativos, refiriéndose concretamente al cuestionario, opinaron que Muñoz Leal, cuando dio muerte a su esposa, "sufría de graves anomalías psíquicas" y que "obró en estado de excitación patológica, con inhibición de sus facultades mentales y volitivas".

Tal es, según el dictamen, la posición mental del reo frente a su delito. Véase ahora lo que los peritos dicen acerca de la enfermedad orgánica de Muñoz Leal, o sea el fundamento clínico de sus conclusiones:

Muñoz Leal — declaran — es un insuficiente tiroidiano, de forma mixoedematosa, con acentuada debilidad mental y confusión en la asociación ideativa.

¿El diagnóstico médico implica que el acusado sea un verdadero demente o loco, sin ninguna capacidad penal? No. Los peritos explican la trascendencia psíquica del mixoedema con las siguientes palabras del profesor Regis:

"La perturbación psíquica fundamental del mixoedema no es la demencia, sino la obtusión, la confusión mental; existe una

auto-intoxicación de efectos sobre todo estuporosos. Se citan casos en los cuales el mixoedema del adulto se acompañan además de esta obtusión, de este hebetamiento, de ideas fijas, de delirio, de alucinaciones, de excitación, idéntico a lo que se produce en las psicosis de intoxicación. Las perturbaciones psíquicas, bajo una forma cualquiera son muy frecuentes en el mixoedema”.

De suerte, pues, que la investigación psiquiátrica realizada por los peritos no autoriza al juzgador para reputar a Muñoz Leal como un irresponsable a la luz del código penal de 1890.

Y es que en el proceso existen otros datos que contribuyen a apartar el juicio de la hipótesis de la demencia absoluta.

Ciertamente se trata de un débil mental, pero ello no induce a pensar que Muñoz Leal carezca en absoluto de discernimiento. Su crimen no es un caso insólito de delincuencia entre las gentes del bajo nivel social a que pertenece.

No sobra reproducir aquí los antecedentes y circunstancias del hecho.

Muñoz maltrataba a su mujer y no atendía al sustento de los hijos. Veintidós días antes de matarla, el acusado le había dado violentos puntapiés en el vientre, hallándose la Carreño encinta. La mujer quedó padeciendo fuertes dolores y dos días después abortó. Durante la enfermedad fue atendida por una señora vecina, la cual testifica que la criatura nació muerta, con dos “grandes lastimaduras en el pecho y en el estómago”. A partir de ese suceso, la Carreño se separó de Muñoz Leal y se fue a trabajar a una de las casas del vecindario.

El día del crimen la Carreño almorzaba con otras mujeres en la cocina de dicha casa y allí llegó Muñoz Leal no parece que con ánimo amistoso. Al ver a su mujer le dijo: “Inocencia, cuándo me paga lo que me debe?” Esta no contestó o no tuvo tiempo de contestar, pues en seguida Muñoz Leal se lanzó sobre ella ultimándola a puñaladas.

En verdad este delito carece aparente-

mente de estímulos inmediatos, lo que no quiere decir que no existieran o que fueran de índole pueril.

Muñoz Leal le guardaba resentimiento a su mujer porque no se avino a seguir viviendo con él. De ello da noticias el propio acusado tanto en sus indagatorias como en las conversaciones que sostuvo con el médico legista de Bucaramanga, doctor Salvador Pérez. La pasión de los celos obró también en el ánimo de Muñoz Leal. Celos sin fundamento real, explicables por su hipogenitalismo, dicen los peritos. Lo cierto es que el acusado celaba rabiosamente a su mujer con todos los hombres, según lo cuentan las gentes de su vecindario, y al Juez instructor, en una de sus respuestas, le dio a entender que no estaba seguro de su fidelidad.

La actitud de Muñoz Leal inmediatamente después de consumado el delito, no revela al individuo que ha realizado un acto inconsciente. En el propio lugar del suceso, ante el cadáver de su mujer, le preguntó Efraín Camacho por qué había hecho eso y al punto respondió tranquilamente: “es que toca así y así tocaba”. El mismo testigo refiere que Muñoz Leal rehusó entregarle las armas e intentó herirlo, viéndose precisado a golpearlo con un palo, y que luego, huyendo por una loma, le gritó estas palabras: “Eso era lo que yo quería”. Esta expresión complementa el sentido de la anterior y ambas excluyen la idea de que la muerte de Inocencia Carreño, como resultado de las heridas que le causó Muñoz Leal, fuera una contingencia ajena a la voluntad del procesado.

Valga aquí la siguiente anotación a propósito del significado del vocablo tocar. Este verbo tiene, según es sabido, diversos sentidos, más o menos afines. En las circunstancias en que lo usó Muñoz Leal significa precisamente esto: “Haber llegado el momento oportuno de ejecutar algo”. La Academia de la Lengua cita esta acepción entre las de uso vulgar y corriente.

La noción del hecho ilícito, que da lu-

gar a acusación ante la autoridad contra el que lo comete, no es extraña a la inteligencia de Muñoz Leal. Habiendo sido herido en la ceja izquierda en el ya referido incidente con Efraín Camacho, acudió en seguida a la alcaldía de su distrito (Lebrija) y dió denuncia contra aquél, manifestando que lo había atacado sin motivo. Esta gestión, inmediatamente después de haber consumado su atroz delito, es sin duda desconcertante. Revela torpeza o audacia encaminada a desorientar la investigación? Lo primero es posible, dentro del diagnóstico relativo a la insuficiencia mental de Muñoz Leal, mas no se puede descartar en absoluto lo segundo, pues hay otros datos del mismo carácter equívoco, que inclinan el ánimo a la sospecha de simulación o de redomada malicia.

La presencia de Muñoz Leal en la alcaldía en tal oportunidad, asumiendo el papel de perseguido y pretendiendo acogerse al amparo de la ley como un buen ciudadano, son los factores que originan el interrogante. Cualquiera que sea la respuesta, queda en pie la observación de que al menos sabe que hay reglas de conducta que no pueden transgredirse impunemente.

Hay factores externos que suelen ser desestimados o subestimados en casos como éste, y son la ignorancia y los escasos medios de expresión oral. "En cuanto a las facultades intelectuales — observa el doctor Salvador Pérez — Muñoz es un individuo con el índice intelectual común a los campesinos de su clase".

Sus respuestas oscuras son precisamente las que se relacionan con el hecho imputado. Al iniciarse la primera indagatoria negó haber conocido a Inocencia Carreño, su mujer. Interrogado luego sobre quién le había dado muerte, contestó con el siguiente raciocinio: "Pues es que cuando se le cargan a uno, a una mujer o a un hombre, por güenos que sean siempre pueden llegar a ser malos y eso es lo que muchas veces motivan las cosas y como eso es muy triste por eso es que resul-

tan las cosas". A través de este vocabulario rústico hay una confesión más o menos implícita de su delito y hay también claros barruntos de que Muñoz Leal comprende la noción del bien y del mal.

"Su negativismo no lo favorece — dice el citado doctor Pérez — y explica: "Relata todo lo que atañe a su vida con la mayor sencillez y se puede decir que con la mayor verdad, pero al llegar a la relación del hecho que se averigua, evita dar toda razón adecuada y todo lo niega a pesar de los testigos presenciales. . . . En las diversas preguntas y repreguntas que se le hicieron, solamente dió a entender que estaba aburrido de trabajar para una persona que solamente prefería a otros y que no quería vivir con él ni en la casa de él". El mismo facultativo, en otra parte de su dictamen, dice: "Reflejos. Los reflejos de los ojos son normales, aun cuando para buscarlos da mucha brega, porque el examinado cree que se le interpreta el pensamiento con las maniobras necesarias para la busca de los reflejos".

En resumen, el informativo suministra los siguientes datos ilustrativos de la posición jurídica de Muñoz Leal frente al delito: que en los días en que el procesado lo cometió había un motivo de enemistad grave entre él y su mujer, por lo cual el uxoricida todavía menciona a la víctima con visible rencor; que por sus propias manifestaciones verbales dió a entender el objeto de su viaje a la casa donde vivía la Carreño, a la cual se presentó provisto de machete y cuchillo y, por último, la actitud franca y agresiva asumida con el testigo Camacho, inmediatamente después del delito, y la negativa y cautela que invariablemente ha observado después, ante los investigadores y alienistas, son circunstancias no compatibles con el desconocimiento, por parte de Muñoz Leal, de la gravedad del hecho y con la total anulación de su voluntad en el momento de cometerlo.

De suerte que el dictamen pericial, coordinado con los elementos de juicio que se

dejan expuestos, no permite situar el hecho imputado a Muñoz Leal en la hipótesis del artículo 29 del código penal de 1890. Ese estatuto sólo contempló los dos extremos: la demencia absoluta o anulación total de la razón y la normalidad mental. Los estados anormales e intermedios no fueron allí previstos, no siéndole posible a un tribunal de derecho, como la Corte, amparar con la eximente de locura a quien los médicos solamente consideran como un **débil mental**, diagnóstico que por lo demás está ampliamente respaldado en los autos.

Atendiendo al rigor de los preceptos de aquella legislación, Muñoz Leal es responsable del delito de parricidio en uno de los casos más graves, sancionado con veinte años de presidio (artículos 593 y 615, *ibídem*), pena desde todo punto de vista inadecuada y cuya aplicación en este nuevo fallo pugnaría con la Constitución, con la ley y con un sentimiento social de justicia tanto como si se decretara la liberación inmediata del reo. Tal fue la condena que el Tribunal de Bucaramanga hubo de imponer, pues en la época en que juzgó a Muñoz Leal sólo existía la legislación penal de 1890 y no era posible compararla con otra para saber cuál de las dos ofrecía una solución más conforme con las características del reo.

Mas como hoy rige un nuevo estatuto penal que ha reparado las deficiencias anotadas, corresponde a la Corte dar aplicación a sus disposiciones, por ser más favorables al acusado que las ya mencionadas del código vigente en la época de su delito (artículos 22 de la Constitución; inciso 2º; 44 de la Ley 153 de 1887 y 3º de la Ley 95 de 1936).

Sin duda los facultativos que hicieron en Bogotá el estudio psiquiátrico de Muñoz Leal, al redactar las conclusiones de su informe — rendido el 6 de marzo de 1939 — tuvieron en cuenta los principios y fórmulas técnicas del nuevo código, vigente como es sabido desde el 1º de julio de 1938. Este dispone en su 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 cualquier otra sustancia, o padeciere de grave anomalía psíquica, se aplicarán las sanciones fijadas en el Capítulo II del Título II de este Libro”.

Los peritos conceptuaron, según se vio atrás:

“Antonio Muñoz Leal cuando dio muerte a su mujer legítima Inocencia Carreño, sufría de graves anomalías psíquicas, consistentes, etc.”

El mismo estatuto, al reglamentar las medidas de seguridad que deben imponerse a los delincuentes anormales, dice en el artículo 63:

“El manicomio criminal se destina para recluír a los alienados que cometan delitos para los cuales se señalan penas de presidio, o cuyo estado los haga especialmente peligrosos”.

El delito ejecutado por Muñoz Leal tiene pena de presidio para los delincuentes normales (artículo 363, *ibídem*).

Los médicos legistas hacen la siguiente observación final acerca de la personalidad del uxoricida Muñoz:

“Consideramos al examinado como individuo peligroso altamente para la sociedad, y que sus perturbaciones psíquicas pudieran modificarse favorablemente mediante tratamiento de base tiroidiana”.

* * *

La grave cuestión jurídica planteada en este proceso a los jueces de instancia por la antigua ley penal y por el veredicto que afirmó la responsabilidad de Muñoz Leal, a pesar de los síntomas de anormalidad mental anotados en el concepto del doctor Salvador Pérez, queda, pues, despejada para la Corte mediante la concurrencia de dos factores nuevos: 1º La reforma penal, puesta en vigencia con posterioridad al pronunciamiento del fallo ya infirmado y según la cual Muñoz Leal es responsable de su acción jurídica, pero no

en el sentido absoluto y con las consecuencias penales del código de 1890; y 2º El aporte científico de los médicos alienistas de Bogotá, quienes claramente situaron el juicio sobre la responsabilidad del procesado en armonía con los postulados de la nueva legislación penal.

En consecuencia, Muñoz Leal debe ser internado en un manicomio criminal, por disponerlo expresamente el artículo 63 ya copiado, y allí será sometido a tratamiento curativo adecuado, de acuerdo con las indicaciones de los citados facultativos:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Delegado, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE: Antonio Muñoz Leal, responsable de asesinato cometido en la persona de su mujer legítima Inocencia Carreño, preso actualmente en la penitenciaría central de Bogotá, será recluído inmediatamente en un manicomio criminal por un término no menor de dos (2) años,

que empezará a contarse a partir de la fecha en que se efectúe su traslado al establecimiento de la clase indicada que designe el Gobierno.

Trascurrido dicho término, el Juez de la causa, a petición del ministerio público, del director del manicomio, del recluído o de sus parientes, resolverá, de acuerdo con lo establecido en el artículo 64 del código penal, la solicitud relativa a la cesación condicional de la reclusión (artículo 647 del nuevo Código de Procedimiento Penal).

Mientras se cumple esta sentencia, Muñoz Leal continuará detenido en la Penitenciaría Central de esta ciudad, a disposición del Juez Primero Superior de Bucaramanga, para efectos del artículo 633, ibídem.

Sobre el particular, ofíciase por la Secretaría de esta Sala al Director de tal establecimiento.

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.

EL PARRICIDIO ANTE LA LEGISLACION PENAL DE 1890

I

El código de 1890 no distinguió; ni podía distinguir, para los efectos penales, entre ascendientes legítimos y naturales, del mismo modo que no estableció la eximente de responsabilidad para los homicidios cometidos en las circunstancias excepcionales del ordinal 9º del artículo 591, como un privilegio a favor de los ascendientes legítimos. La distinción en cualquiera de los dos casos habría sido injusta y contraria a los más hondos sentimientos humanos.

II

En ningún delito como en el parricidio actúa con tanta intensidad el principio de que al delincuente hay que juzgarlo con un criterio esencialmente subjetivo, derivado de la gravedad de la infracción y de los sentimientos antisociales del sujeto. Y también en ningún delito como en ese se marcan mejor los diferentes efectos que el parentesco produce ante el derecho civil y ante el derecho penal. En el primero el parentesco es fuente, a través de la ley, de obligaciones y derechos de carácter puramente patrimonial o económico; y en el segundo es generador, a través de los vínculos de la sangre, de ideas, de sentimientos, de deberes y de afectos en general que hacen parte de la propia personalidad. Por eso, la violación del parentesco por medio de un hecho antisocial o delictuoso tendrá repercusiones jurídicas sustancialmente distintas en el terreno civil y en el terreno penal.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, veintisiete de junio de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Absalón Fernández de Soto).

El Tribunal Superior de Tunja condenó a la pena principal de veintiún años de presidio a Justino Gil, como autor de los siguientes delitos: parricidio en la persona de su abuelo Ignacio Gil; homicidio en la persona de la esposa de éste, Mercedes Palacios, y heridas causadas a Eva Gutiérrez, mujer que acompañaba a los esposos Gil en la tarde de los sucesos.

El defensor del reo ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia. En el escrito presentado a la Corte invoca las causales 1ª y 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal vigente.

Como este proceso se inició antes del 1º de julio de 1938, fecha de la vigencia del nuevo Código de P. P., y como el traslado del recurso de que se trata se efectuó antes del 13 de mayo de este año, fecha de la sentencia de la Corte sobre inexecutable parcial del artículo 722 de dicho estatuto, el señor Procurador Delegado en lo Penal observó que no era pertinente la aplicación de la ley procesal nueva, citada por el recurrente; pero no por ello eludió el estudio de fondo del asunto. Como quiera que las razones alegadas en aquel escrito caben "dentro de la causal primera que consagra el artículo 3º de la Ley 118 de 1931, a esta causal — dice — se referirá exclusivamente la Procuraduría".

Con este motivo, abordó la tesis central de la demanda, analizándola extensa-

mente. Se reproduce aquí este importante estudio.

Dice el señor Procurador:

"Primera causal.

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

"Con un celo y un entusiasmo dignos de encomio, el señor defensor ha venido sosteniendo a través de todo el proceso y hoy en el recurso de casación esta tesis:

"Que la muerte dada al abuelo natural no constituye parricidio en nuestra legislación penal, porque en Colombia las leyes civiles no han establecido un vínculo jurídico entre esas dos personas, es decir, no han consagrado derechos y obligaciones entre el abuelo y su nieto natural.

"Se contesta:

"La tesis está hábilmente planteada, pero lleva en sí un error fundamental de doctrina.

"En todos los tiempos y en el mundo entero el parricidio ha sido considerado como el delito más grave contra las personas, no porque entre agresor y víctima la ley civil haya consagrado derechos y obligaciones, no porque el padre haya de heredar al hijo, o éste a aquél (sentido económico), sino porque ese delito viola los especiales sentimientos que la naturaleza impone entre los padres y los hijos (sentido psicológico). Esa transgresión representa siempre el máximo de la delincuencia en cualquier campo doctrinario donde se le considere: en la escuela clásica, por el daño mediato o reflejo que produce, esto es, por la intimidación o alarma que se causa en los buenos y por el mal ejemplo que se suscita en los malos; y en la escuela positivista, por la peligrosidad que revela su autor, quien ante los lazos de la sangre y las relaciones afectivas que de ella nacen, no sintió la menor repugnancia a la idea y acción homicidas, mostrando así una ausencia com-

pleta de sentido moral y una capacidad temible para el delito.

"En ningún delito como en el parricidio actúa con tanta intensidad el principio de que al delincuente hay que juzgarlo con un criterio esencialmente subjetivo, derivado de la gravedad de la infracción y de los sentimientos anti-sociales del sujeto. Y también en ningún delito como en ese se marcan mejor los diferentes efectos que el parentesco produce ante el derecho civil y ante el derecho penal. En el primero el parentesco es fuente, a través de la ley, de obligaciones y derechos de carácter puramente patrimonial o económico; y en el segundo es generador, a través de los vínculos de la sangre, de ideas, de sentimiento, de deberes y de afectos en general que hacen parte de la propia personalidad. Por eso, la violación del parentesco por medio de un hecho antisocial o delictuoso tendrá repercusiones jurídicas sustancialmente distintas en el terreno civil y en el terreno penal.

"Así, por ejemplo, si el parricidio fuera a juzgarse por la consideración del vínculo derivado de relaciones económicas o patrimoniales, como lo pretende el recurrente, se llegaría a la inmoralidad de que ese delito sería grave a medida que la porción hereditaria del legitimario fuese mayor; que sería leve y aun mera contravención si la cuota hereditaria es ínfima; y que llegaría hasta desaparecer el delito si el causante no deja patrimonio alguno que heredar. Con esta tesis, la sociedad sentiría un verdadero movimiento de pavor.

"Afortunadamente, desde el derecho romano, se ha consagrado en todas las legislaciones la causal de indignidad para suceder al difunto como heredero o legatario por parte de quien comete el delito de homicidio en la persona del causante, o ha intervenido en ese delito por obra o consejo, o lo dejó perecer pudiendo salvarlo. (Véase artículo 1025 de nuestro Código Civil).

“De ahí que la Procuraduría encuentre inaceptable la tesis del doctor Concha, que cita el recurrente, según la cual, “en lo que hace a los ascendientes naturales que no sean el padre y la madre, como la ley civil no reconoce el vínculo entre ellos y sus descendientes, las disposiciones sobre el parricidio no les son aplicables”. Conclusión ésta que es contradictoria con la misma afirmación del doctor Concha, quien rompe su capítulo sobre el parricidio diciendo: “En todos los tiempos las leyes penales castigaron de un modo especial o más severo el parricidio, porque el autor de este delito no sólo viola el deber general de respeto a la vida humana, sino también los especiales que tiene para con sus parientes”.

“Y menos procedentes son todavía las citas que hace el recurrente del tratadista uruguayo José Irureta Goyena.

“Basta observar que ese distinguido expositor se refiere al artículo 319 del Código del Uruguay, cuyo ordinal primero dice:

“El homicidio será penado con penitenciaría de 24 a 26 años, si fuere cometido;

“1º En la persona del ascendiente legítimo, padre o madre natural, cuando la filiación natural haya sido legalmente reconocida o declarada”.

“Es decir, la legislación penal uruguaya reconoce el parricidio en la **ascendencia legítima**, pero en la natural sólo la limita al padre o a la madre, cuando la filiación natural haya sido legalmente reconocida o declarada. Por eso que diga muy bien el tratadista, ante ese texto, expreso, que “los hijos naturales tienen padres, pero no tienen abuelos; el parentesco es entre el hijo y el padre”.

“Pero en nuestro Código Penal el caso es fundamentalmente distinto. Tanto en el antiguo estatuto de 1890 como en el nuevo de 1936, se sienta el principio universal de que el parricidio existe lo mismo en la ascendencia legítima que en la natural.

“En efecto, el artículo 593 del Código anterior, aplicable a este proceso, dice:

“El homicidio toma la denominación de **parricidio**, cuando se cometa en la persona de algún ascendiente o descendiente o cónyuge, a sabiendas de que existe el vínculo expresado”.

“Al decir el artículo “ascendiente o descendiente” no hace diferencia alguna entre los legítimos y los ilegítimos y, por consiguiente, los abarca a todos. Sólo exige la existencia del vínculo de consanguinidad y el elemento psíquico y fundamental del “a sabiendas”.

“Más explícito e incontrovertible es el nuevo Código Penal cuando considera como asesinato (no empleó la palabra **parricidio**) el homicidio cometido en la persona “del ascendiente o descendiente legítimo o natural”, comprendiendo hasta el “padre, madre o hijo adoptivo”.

“Se ve, pues, que en nuestra legislación penal no existe duda alguna sobre la naturaleza del delito cometido por Justino Gil en la persona de su abuelo Ignacio Gil, que no es otro que el de parricidio.

“Para cerrar esta confutación a la tesis del recurrente, es muy oportuno transcribir aquí la siguiente doctrina de la Corte:

“La confesión libre y espontánea del procesado de ser hijo de la víctima, así como las declaraciones de testigos, los indicios y la notoriedad del hecho del parentesco, son pruebas suficientes para calificar de parricidio el homicidio o asesinato cometido por el hijo en la persona de su padre, así como para establecer el elemento a sabiendas que exige la ley.

“El estado civil de la calidad del individuo en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles, y el parentesco es una vinculación natural que procede de la sangre y que funda aquel estado como su efecto. Por eso la ley reclama pruebas específicas para demostrar el estado civil, y precisamente por ser una condición relativa a derechos civiles de mucha trascendencia y de efectos perpetuos si se quiere, es por lo que se requieren demostraciones sujetas a requisitos especiales

que hagan indubitable el carácter jurídico de que aquí se trata; al contrario de lo que sucede con la prueba del parentesco cuando con él no se pretende ejercitar derechos civiles, como por ejemplo en el presente caso, en que sólo se trata de hacer efectiva la sanción penal por delitos cometidos en individuos a quienes la naturaleza une por los vínculos de la sangre; caso en el cual, según lo declara la misma ley, son suficientes las pruebas admisibles en materia penal". (Número 678 del Índice y Jurisprudencia del Tomo XXXV).

"Por donde se ve que ya la Honorable Corte Suprema de Justicia colombiana, desde el 31 de julio de 1928 (fecha de aquella sentencia), reconoció la diferencia profunda que existe entre las cuestiones relativas al estado civil de las personas para los efectos patrimoniales, y el hecho natural que el parentesco encierra en sí para imponer, por obra de la misma naturaleza, ciertas obligaciones y ciertos sentimientos de respeto y de piedad recíprocos entre los vínculos por ese parentesco.

"En tal virtud, el cargo contra la sentencia es desechable.

"Sostiene también el recurrente, como último motivo de casación, que el parentesco entre el acusado Justino Gil y su víctima Ignacio Gil no está plenamente establecido, porque esa prueba se dedujo de la confesión del acusado, y no de las partidas de origen notarial o de origen eclesiástico.

"La doctrina transcrita de la Honorable Corte sirve también para refutar esta acusación. Pero hay que agregar que el parentesco no sólo se encuentra aquí establecido con la confesión del acusado y con la prueba testimonial, sino también con la prueba que echa de menos el demandante, esto es, con las partidas de origen eclesiástico.

"En efecto, al folio 49 del cuaderno primero, están las partidas expedidas por el señor Cura Párroco de Sotaquirá, en que consta: que el señor Ignacio Gil (oc-

ciso) tuvo una hija legítima llamada María Venancia, y que ésta es madre natural de Alberto José Justino (el acusado). Es decir, que con las pruebas del estado civil que exige el recurrente, está demostrado que la víctima era el abuelo natural del acusado.

"Y en cuanto al elemento a sabiendas, específico del parricidio, basta reproducir lo que acertadamente dice el Tribunal en el auto de proceder:

"..... él aparece con plena comprobación de la propia confesión del matador, quien le llama invariablemente mi abuelo en sus exposiciones judiciales. Se deduce el reconocimiento de este parentesco de las relaciones que descubren estas diligencias. Sin la consideración del parentesco reconocido tanto por abuelo como por nieto, no exigiera aquél a éste que le ayudara a pagar los impuestos, ni éste a aquél que de sus propios terrenos le dejara uno o unos para trabajar. Esas exigencias están subordinadas al vínculo de parentesco reconocido y aceptado por ambos. Los parientes que han declarado en este proceso reconocen explícitamente también ese vínculo, y dejan comprender que en sus relaciones familiares y sociales eran considerados como parientes en el grado que aquí se consideran. Ignacio Gil, pues, era abuelo de Justino Gil su matador, tanto en el orden legal como en el social y familiar".

"Se anota, finalmente, que la situación del acusado Gil ante la justicia penal es muy grave, pues eliminó dos vidas en forma rápida e hirió a otra mujer que estuvo a punto de perecer también sino emprende la fuga, agregándose a esto la ancianidad de Ignacio Gil y la ausencia completa de motivos nobles en esas actividades delictuosas. Parece que Justino guardaba honda malquerencia a su abuelo Ignacio, de quien dice que "era un hombre ambicioso y entre más tenía más quería quitarles a los pobres". (Fs. 55 del cuaderno principal).

"En conclusión: no están demostrados los cargos contra la sentencia del Tribu-

nal y ella debe quedar en firme. Se observa, sí, que entre la parte motiva y la resolución de ese fallo hay disconformidad acerca de la pena correspondiente al reo. Según los cómputos hechos en la parte motiva, Gil debe purgar un total de veintiún años y veintiséis días de presidio; en tanto que en la resolutive sólo se le cargan veintiún años de esa pena. Pero esto no es materia que deba corregirse en casación, porque no ha sido planteada y porque únicamente se trata de un error aritmético o de cómputo.

“La Procuraduría General de la Nación pide atentamente a la Honorable Corte Suprema de Justicia, en fuerza de las razones expuestas, que no infirme la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Tunja”.

La exposición transcrita es concluyente. Los argumentos del defensor contra la denominación de parricidio dada desde el auto de proceder al homicidio cometido por Justino Gil en la persona de Ignacio Gil, su abuelo materno, fueron expuestos en todas las etapas del proceso por el mismo defensor y en cada oportunidad los rebatieron los juzgadores de instancia. Renovados ahora como fundamentos de la demanda de casación, el señor Procurador agota el tema, dejando en pie, en toda su integridad, la imputación de parricida hecha al acusado. Sería, pues, superfluo repetir razonamientos jurídicos que la Corte comparte y que por lo demás están expuestos con la mayor claridad.

Como de acuerdo con la sentencia de la Corte Plena, de 13 de mayo último, mencionada atrás, el procesado por delito cuya investigación se inició antes del primero de julio de 1938 tiene hoy opción para acogerse a la ley de casación antigua o a la nueva, se procede a examinar la segunda causal del artículo 567 de la Ley 94 de 1938 (nuevo Código de P. P.), invocada también por el defensor.

El texto de la causal es el siguiente:

“Hay lugar a casación:

“Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuido un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que sí tienen, o no se les haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o cuando resulte manifiesta contradicción entre ellos; siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influido en la determinación de la sanción”. (Numeral 2º, artículo 567, del nuevo Código de P. P.)

Y para justificar este aspecto de su acusación, el recurrente dice que en la sentencia hubo errada interpretación y apreciación de los hechos “por cuanto dio a la confesión del sindicado un valor probatorio que no tiene en materia penal ni en materia civil”. “En efecto — agrega — el parentesco se establece con las partidas de origen notarial o de origen eclesiástico para este caso y no obstante eso, el Tribunal dice en la sentencia que acuso, que procedió a sabiendas de la existencia del vínculo jurídico, porque reconoce el reo que su padre era su abuelo”. Es decir, que para desvirtuar este elemento constitutivo del parricidio, el defensor torna a repetir que el vínculo no está probado legalmente. Y como el propio reo en las indagatorias no menciona a Ignacio Gil de otra manera que con el título familiar de “mi abuelo” y en sus últimas respuestas admitió haberle dado muerte, el recurrente dice que de aquí no se desprende el elemento “a sabiendas”, pues que tales declaraciones del acusado, faltando la prueba auténtica del parentesco, carecen de la trascendencia que les atribuyó el Tribunal:

El solo enunciado del raciocinio hace innecesaria la réplica, acreditado como se halla, con las partidas correspondientes, que el reo es hijo natural de Venancia Gil y que ésta es hija legítima del extin-

to Ignacio Gil, por una parte, y por otra, que la ley aplicada no distinguió, ni podía distinguir, para los efectos penales, entre ascendientes legítimos y naturales, del mismo modo que no estableció la eximente de responsabilidad para los homicidios cometidos en las circunstancias excepcionales del ordinal 9º del artículo 591 (Código Penal de 1890), como un privilegio a favor de los ascendientes legítimos. La distinción en cualquiera de los dos casos habría sido injusta y contraria a los más hondos sentimientos humanos.

Y en este caso la verdad resplandeciente es que el vínculo de consanguinidad no solamente existía sino que el reo lo sabía y reconocía expresamente. El Tribunal no hizo otra cosa en la sentencia que reconocer hechos físicos y morales superiores a toda clase de sutilezas jurídicas.

En resumen, la ley penal fue rectamente aplicada y tampoco se incurrió en error de interpretación o de apreciación de los hechos. Es decir, que por ningún concepto prosperan los cargos formulados contra el fallo recurrido.

El señor Procurador anota que en la parte resolutive de la sentencia se omitió computar veintiséis días de presidio correspondientes al delito de heridas come-

tido por el reo en la persona de Eva Gutiérrez. Este error aritmético podrá ser subsanado, no por la Corte, sino por el Tribunal sentenciador (artículo 483, Ley 105 de 1931).

A mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Delegado, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar y NO INFIRMA la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, fechada el 8 de septiembre de 1939, que condenó a Justino Gil a la pena principal de veintiún años de presidio por los delitos de parricidio en la persona de su abuelo Ignacio Gil, homicidio en la persona de Mercedes Palacios y heridas a Eva Gutiérrez.

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.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

OPOSICIONES A PROPUESTAS DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETRO-
LEOS — VENTAS EN REMATE DE BIENES POR PARTE DEL ESTADO

1. Verificado el remate de una finca raíz antes del 28 de octubre de 1873 y aprobado también antes de la misma fecha por el gobierno, aunque la diligencia respectiva se haya registrado años después, sus efectos para la adquisición del dominio se retrotraen a la fecha del remate o de la convención, según lo ha declarado la Corte en varias sentencias de casación, entre ellas la del 24 de mayo de 1920, publicada en el número 1442 de la *Gaceta Judicial*. — 2. La venta en remate pasa ante el funcionario y el rematador. Ella, como acto judicial o administrativo que es, sale de las reglas generales que establecen las solemnidades de la venta de bienes raíces. La solemnidad de este contrato consiste en otorgarlo por escritura pública, o sea, haciendo intervenir en él al ministro de la fe pública que es el notario; pero en tratándose de remates de bienes raíces el juez, o en el caso de autos el Agente de bienes Desamortizados, reemplaza al notario. Desde que existe acuerdo entre el funcionario y el rematador en la cosa y en el precio se extiende de la respectiva diligencia de remate, se aprueba éste y se registra, así el contrato deviene perfecto. Hay analogía, y más que analogía semejanza, entre el título resultante de un remate y el constituido por una

escritura pública, sea que se les mire desde el punto de vista de la solemnidad o que se les considere como adelantos probatorios. 3.—No solamente en la legislación española, sino igualmente en el derecho positivo colombiano el gravamen hipotecario no puede por sí solo constituir título de dominio a favor del respectivo acreedor. Nada se oponía en la legislación española a que el acreedor hipotecario adquiriera la finca gravada, aunque, bien es cierto, algunas veces no pasaba la posesión de lo empeñado o gravado al acreedor, sino la simple tenencia, como cuando entre las partes se había establecido o estipulado así, es decir, cuando esas partes habían convenido la sola tenencia y no la posesión. 4.—Cuando se formula oposición sobre la propiedad del petróleo, conforme al artículo 5º de la Ley 160 de 1936, hay que demostrar que ella existe a favor de quien se opone a la celebración del contrato. No basta la afirmación y la comprobación, tan convincentes como se las suponga, de que existe el derecho y de que hay hechos demostrados conforme a los cuales una persona tiene, sobre ciertos bienes, las condiciones necesarias para ser declarada dueña de ellos en calidad de vacantes. Es indispensable la declaración respectiva.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, febrero trece de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Enviado a la Corte por el Ministerio de la Economía Nacional el expediente formado en esa dependencia administrativa con la propuesta presentada por el señor Jaime Gutiérrez para la celebración de un contrato de exploración y explotación de petróleo en un lote de terreno ubicado en los municipios de La Dorada, Samaná y Sonsón, en los departamentos de Caldas y Antioquia, y con las oposiciones que a dicha propuesta formularon la Richmond Petroleum Co. of Colombia, sobre los terrenos denominados "Arado y Conejo de Japón", el señor Abel Acosta Valdés, sobre los terrenos "Santa Elena o Isla de Guarumo", el colegio de San Simón de Ibagué, sobre las tierras llamadas "Chorrea Manteca", Roberto Robledo Uribe y Luisa Robledo de Gómez, sobre las tierras de "Arado y Conejo", Manuel Dávila Pumarejo y Eduardo Villar, sobre los terrenos "Fierro Arriba y Fierro Abajo", los municipios de La Dorada y Sonsón, respecto de lotes situados en esos distritos, y la de varios colonos de las nombradas tierras, para que con sujeción a las normas y trámites señalados en la ley del petróleo, se declare por la Corte si las oposiciones propuestas son o no fundadas, y en consecuencia, debe o no suspenderse la celebración del contrato entre Jaime Gutiérrez y la nación.

En la Corte se abrió el juicio correspondiente, se trajeron numerosas pruebas al proceso, y corridos los traslados las partes presentaron sus alegatos. Ha llegado, pues, la oportunidad de decidir respecto a la prosperidad de las oposiciones, y a ello se procede, ocupándose la Sala separadamente de cada una de ellas.

Oposición de la Richmond Petroleum Co. of Colombia.

A nombre y representación de esta so-

ciudad el doctor Pedro María Carreño formuló ante el ministerio oposición a la propuesta de contrato hecha por Jaime Gutiérrez. Afirma el opositor que en el lote de terreno a que se refiere la precitada propuesta está en parte el globo de terrenos denominado antes "Arado y Conejo" hoy "El Japón", el cual no es terreno baldío y pertenece actualmente a la compañía opositora. Este terreno —continúa el apoderado— nunca volvió al patrimonio del Estado después de haber salido de él en virtud del remate que, con las formalidades legales de entonces, se hizo a favor del doctor Nicolás Pereira Gamba el 29 de septiembre de 1873.

Los hechos de la oposición los resume así la Corte:

1º El 29 de septiembre de 1873 se remató a favor de Luis Peña "un globo de tierra que consta de ocho estancias de extensión llamadas "Arado y Conejo", en Honda, que según la correspondiente diligencia de remate se halla comprendido dentro de los siguientes linderos: "Por el frente, hacia el oriente, con el río Magdalena; por el costado derecho hacia (sic) el sur, con los terrenos llamados 'La Egipciaca', de los señores París; por el costado izquierdo hacia el norte, con terrenos que se dice son baldíos y por el fondo con terrenos también baldíos". 2º El remate referido fue aprobado por el secretario del Tesoro y Crédito Nacional el 8 de octubre de 1873 y por la Agencia General de Bienes Desamortizados el 14 de octubre del propio año de 1873. 3º Por instrumento número 789, de 13 de febrero de 1874, de la Notaría 3ª del Circuito de Bogotá, Luis Peña declaró que el remate de que se trata fue llevado a cabo por cuenta de Nicolás Pereira Gamba y que cede, endosa, y traspasa a éste todos los derechos que como rematador pueda tener en el globo de tierras indicado. 4º Los terrenos de "El Japón" no han sido recuperados por la nación por nulidad, caducidad, resolución ni por cualquiera otra causa legal, como se demuestra con la titulación presentada con la oposición,

en la cual aparecen las traslaciones de dominio operadas desde Pereira Gamba hasta su adquisición parcial mediante escritura número 253, de 14 de febrero de 1939, de la Notaría 5ª de Bogotá, por la Richmond Petroleum Co. of Colombia.

Pide el opositor, fundado en lo expuesto, que se suspenda la tramitación de la supradicha propuesta del señor Jaime Gutiérrez en lo que toca al terreno de "El Japón", situado en jurisdicción del municipio de La Dorada, deslindado así: "Por el frente, hacia el oriente, con el río Magdalena; por el costado derecho hacia el sur, con los terrenos llamados 'La Egipciaca', de los señores París, hoy de Eduardo Noguera S., y otros; por el costado izquierdo hacia el norte con los terrenos denominados 'Chorrea Manteca' de propiedad del colegio de San Simón de Ibagué, por el fondo u occidente, en parte con los mismos terrenos de Chorrea Manteca y en parte con terrenos que se dice ser baldíos", y que en la forma y vía legal se declare fundada la oposición formulada por la Richmond en su calidad de copropietaria o comunera en los terrenos a que la misma oposición se refiere.

El señor Procurador y el señor abogado del ministerio consideran que demostrado como está que el remate de esos terrenos se efectuó el 29 de septiembre de 1873, que fue elevado a escritura pública el 13 de febrero de 1874 bajo el número 789 de la Notaría 3ª de Bogotá, y que esa escritura se registró el 19 de septiembre de 1906, cabe preguntar si en tales condiciones el dicho terreno salió del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873. Contestan que no, porque tratándose de la adquisición de un bien raíz, ella no se podía efectuar sino de acuerdo con el Código Civil de la Unión Colombiana adoptado por la Ley 84 de 1873 y sancionado el 26 de mayo del mismo año, y por consiguiente, el primer adquirente no se pudo considerar dueño de la cosa rematada en septiembre de 1873, hasta tanto no se hubiese llenado la formalidad indispensable del registro

de la escritura que tenía que otorgar la nación.

El señor abogado del ministerio afirma además, que ni la diligencia de remate de un bien nacional, ni la aprobación que le impartiera el Poder Ejecutivo sacaba a aquel del patrimonio nacional. Tales diligencias no daban otro derecho que el de obtener que el Estado otorgara la correspondiente escritura de traspaso, y como ésta no fue extendida sino en febrero de 1874, sólo en esa fecha (y no en la del remate) el terreno dicho dejó de ser propiedad nacional para entrar al dominio privado.

La Sala considera:

Los dos argumentos, presentados en forma subsidiaria el segundo del primero, se excluyen recíprocamente: si sólo el registro tenía calidad jurídica suficiente para transferir el dominio, no la podía tener la escritura de febrero de 1874; pero si se considera —como lo afirma en su segundo argumento el abogado del ministerio— que sí podía verificarse tal tránsito por la simple escritura sin el registro, entonces el primer argumento pierde toda fuerza desde que el dominio de bienes raíces pueda adquirirse por otro modo distinto a la tradición operada por la inscripción del título.

Aparece acreditado que el 29 de septiembre de 1873, ante la Junta General de Bienes Desamortizados, el señor Luis Peña, adquirió de la nación, por remate, el dominio del terreno denominado "Arado y Conejo", situado entonces en jurisdicción de Honda, por los linderos descritos en la diligencia respectiva. Nueve días después, o sea el 8 de octubre de 1873, el Poder Ejecutivo Nacional impartió su aprobación a dicho remate.

En la diligencia respectiva se dijo lo siguiente: "... Se declaró cerrada la licitación quedando adjudicado el globo de tierra referido al expresado Luis Peña, quien firma la presente diligencia con el señor Agente General y el infrascrito secretario, quedando advertido que este remate no será perfecto hasta que obten-

ga la aprobación del Poder Ejecutivo Nacional. . . .” El remate, como queda dicho, se perfeccionó el 8 de octubre de 1873.

El dicho remate tuvo como fundamento las disposiciones del Código Fiscal (Ley 106 de 15 de junio de 1873), en el Título 13, referentes a los bienes raíces desamortizados, el cual, por razón del decreto de 7 de julio de 1873 dictado por el Poder Ejecutivo Federal (Diario Oficial número 2901) en desarrollo de la autorización conferida por el artículo final del citado código, entró a regir desde el 1º de septiembre de 1873.

El artículo 1032 de dicho código dice: “Las adjudicaciones se harán en el mejor postor después de dados tres pregones en alta voz y de concluído el término señalado para la duración de cada remate; pero tales adjudicaciones no serán definitivas hasta que no obtengan la aprobación de la secretaría del Tesoro, si los bienes a que se refieren fueren raíces”.; Igualmente el artículo 1037 dispone: “El agente abrirá registro de actas o diligencias de remates, que se extenderán por orden cronológico, expresándose en cada diligencia: . . . 6º Que el remate no será perfecto hasta que obtenga la aprobación de la secretaría del Tesoro”. Y el artículo 1041 establece: “La resolución del Poder Ejecutivo se pondrá al pie de la copia de la diligencia de remate; y se devolverá el Agente Principal respectivo, quien, si aquella resolución fuere aprobatoria, elevará el remate a escritura pública, pasando al notario la copia devuelta por la secretaría del Tesoro. . . .”

Estas disposiciones del Código Fiscal de 1873 son concretamente reguladoras de una situación jurídica especial y a ellas debe atenderse la Corte para precisar el punto controvertido, o sea, si el dicho terreno salió del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

De ellas se desprende que una vez obtenida la aprobación del Poder Ejecutivo (secretaría del Tesoro) la adjudicación en remate tenía el carácter de definitiva; lo cual implica que el remate de los terrenos

de “Arado y Conejo” fue un remate definitivo y perfecto desde el 8 de octubre de 1873, fecha de la aprobación del Poder Ejecutivo.

El artículo 984 del Código Judicial de los Estados Unidos de Colombia, en vigor desde el 16 de mayo de 1873, dispuso:

“La copia de la diligencia de remate de una o más fincas o bienes comprados en almoneda, es suficiente título de propiedad a favor del comprador, quien además tiene expedita su acción para obligar al deudor ejecutado a que le trasmita las escrituras o los documentos, si los tuviere, y en cuya virtud poseía los bienes rematados; la copia será firmada por el juez y por el secretario.

“La copia de que trata este artículo se equipara a una escritura pública; y, por consiguiente, no hay necesidad de otorgamiento de ésta para la trasmisión de la propiedad. Cuando el remate haya sido de bienes inmuebles, bastará que ese título se registre en la oficina respectiva, si la ley exige esa formalidad en los instrumentos públicos sobre trasmisión de esta clase de bienes”.

De esta norma se concluye que las escrituras de protocolización de remates nacionales no se extendían para transmitir un dominio ya transmitido por el remate; sino que el agente o funcionario respectivo las otorgaba para mayor seguridad de los instrumentos transmisores de la propiedad.

La venta en remate pasa ante el funcionario y el rematador. Ella, como acto judicial o administrativo que es, sale de las reglas generales que establecen las solemnidades de la venta de bienes raíces. La solemnidad de este contrato consiste en otorgarlo por escritura pública, o sea, haciendo intervenir en él al ministro de la fe pública que es el notario; pero en tratándose de remates de bienes raíces el juez, o en el presente caso, el Agente de Bienes Desamortizados, reemplaza al notario. Desde que existe acuerdo entre el funcionario y el rematador en la cosa y en el precio, se extiende la respectiva di-

ligencia de remate, se aprueba ésta y se registra, y así el contrato deviene perfecto. Hay analogía, y más que analogía, semejanza, entre el título resultante de un remate y el título constituido por una escritura pública, sea que se les mire desde el punto de vista de la solemnidad o se les considere como adelantos probatorios.

Dice el señor abogado del ministerio que el terreno objeto del remate no salió del patrimonio nacional sino en 1906 al verificarse el registro de la escritura pública a que se elevó el acta de remate.

Para la Corte no existe duda alguna de que el remate una vez aprobado constituía fuente perfecta de obligaciones, pero en tratándose de bienes raíces su transmisión al dominio particular no se operaba sino por el registro conforme al ordenamiento de nuestro estatuto civil. Para el caso es indiferente que el bien fuese adquirido a título de compraventa entre particulares o a igual título operado en pública subasta.

La tradición, enseña el C. C., es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio y por otra la capacidad e intención de adquirirlo. Cuando se trata de bienes raíces se efectúa por la inscripción del título en la oficina de registro. Estas normas estaban contenidas igualmente en el Código Civil de la nación sancionado el 26 de mayo de 1873.

No aparece controvertido el hecho de que la escritura pública a que se elevó el acta de remate se registró el 19 de septiembre de 1906.

En estas circunstancias procede averiguar si por haberse efectuado el registro con posterioridad al 28 de octubre de 1873 pueden considerarse los terrenos de "Arado y Conejo", hoy "Japón", como salidos del patrimonio nacional con anterioridad a aquella fecha.

En cuanto a los efectos del registro en remates como el de "Arado y Conejo", es de estricta aplicación el artículo 2674 del

C. C. de 1873, igual en número y texto al actual, que dice: "Ningún título sujeto al registro surte efecto legal respecto a terceros, sino desde la fecha de inscripción o registro". La diligencia de remate de los terrenos de que se trata estaba sujeta al registro, según lo ordenado por el artículo 2652, inciso 1º, del C. C., en relación con el artículo 2637 *ibidem*. Pero no habiendo sido la nación tercero sino parte en dicho remate, es indudable que éste surtió, desde el 8 de octubre de 1873, todos los efectos legales respecto del mismo Estado.

La tesis sostenida por el señor Procurador y el señor abogado del ministerio al afirmar que sólo hasta la fecha del registro se operó la transmisión del dominio se aparta de ciertos principios de derecho civil relativos al mismo. La inscripción del título de compraventa de bienes raíces, —y en el caso de autos era título de la misma el acta de remate conforme a la norma del Código Judicial de 1873 antes transcrita—, es acto que, siendo necesariamente posterior al contrato o al remate, tiene, en cuanto a la tradición del dominio, efectos que se retrotraen a la fecha en que la convención se celebró. Está visto que el remate se celebró el 29 de septiembre de 1873 y que quedó perfeccionado por la aprobación de la secretaria del Tesoro impartida el 8 de octubre de 1873. Por manera que, aún habiéndose efectuado el registro en el año de 1906, sus efectos se retrotraen a la fecha del remate o convención. No podría ser de otra manera, si se tiene en cuenta que desde la mencionada fecha se creó para la nación la obligación clara y precisa de transmitir el dominio pleno al adjudicatario. En igual forma se pronunció la Corte en casación del 24 de mayo de 1920, G. J. número 1442, T. XXVIII.

Por lo expuesto, la Corte ha de declarar fundada la oposición.

Oposición de Abel Acosta Valdés

El doctor Pedro María Carreño, obran-

do como apoderado especial de Abel Acosta Valdés, formuló ante el ministerio de la Economía Nacional oposición al contrato de exploración y explotación de petróleos propuesto por Jaime Gutiérrez. En ella se reclama para el poderdante la propiedad del petróleo que se encuentre en un lote de terreno llamado "Santa Elena o Isla de Guarumo", que adquirió desde 1938 con título que se deriva directamente de otro por el cual el Estado, con mucha anterioridad al 28 de octubre de 1873, se desprendió del dominio de ese predio. Dicho lote está comprendido dentro de aquel a que se refiere la propuesta de Gutiérrez, y —afirma el apoderado— nunca volvió al patrimonio del Estado después de haber salido de él por remate efectuado el 31 de julio de 1750 ante don Joseph Berrueco Samaniego "familiar del Santo Oficio y juez subdelegado de las causas de tierras, sus ventas y composiciones", el cual remate transfirió entonces el dominio de dicho terreno al señor don Joaquín de Sanabria, quien consta que pagó su valor de costado. El dominio privado de tal terreno, que tuvo y ha tenido el nombre de "Santa Elena o Isla de Guarumo", se ha venido transmitiendo desde entonces, sin interrupción, hasta el presente. Dicha transmisión se ha efectuado mediante una tradición continua. La posesión sobre el terreno se ha ejercido de entonces a hoy quieta y pacíficamente. Por todo ello, y por las demás pruebas y títulos que se acreditan, se hacen referir la presente oposición no sólo al suelo y el subsuelo del terreno antedicho, sino también a la propiedad del petróleo y demás hidrocarburos que en él, se contengan, propiedad ésta que tampoco corresponde a la nación sino al patrimonio del mandante.

El señor abogado del ministerio, después de hacer la relación de los títulos de la expresada finca, desde el emanado del Estado hasta el otorgado a Acosta Valdés, concluye así:

"De esta relación surge clarísimo el derecho del opositor sobre el suelo de Santa

Elena. Y si se comprueba que las diferencias de linderos que se hicieron notar en los primeros títulos no afectan el hecho de referirse al mismo terreno rematado en 1750 es claro que el petróleo que haya en estas tierras es de propiedad privada".

La Sala considera:

El mismo señor abogado dice que "todo parece indicar que las tierras a que se refieren los títulos posteriores son las mismas a que hace alusión el acta de remate antes mencionada". El dicho remate, que representa el título emanado del Estado, fue el celebrado el año de 1750 a favor de don Joaquín de Sanabria.

Desde que lo rematado fue una isla—la de Guarumo—parece explicable que no se hubiesen señalado los linderos por los cuatro puntos cardinales, ni era necesario, desde luego que el terreno estaba entonces bañado en todos sus lados por aguas corrientes.

Según la escritura de 15 de julio de 1796 pasada ante el Escribano de la Villa de San Bartolomé de Honda, la viuda de Lonzo Rivas vendió a Pedro Ortiz la referida isla por los linderos siguientes: "El frente con las vertientes de Río Grande de la Magdalena; la espalda con el brazuelo del mismo río Grande..... deslinda las tierras del doctor Galindo por el lado de arriba con el mismo desagüe que del brazuelo viene a..... (roto)..... y por lado de abajo con el Peñón".

El señor abogado observa que este alindamiento "por sus caracteres generales no parece extraño que se refiera a las mismas tierras que se enajenaron en 1750".

En relación con algunas diferencias aparentes y no sustanciales en las sucesivas descripciones de linderos, debe considerarse que ellas no alteran la identidad del terreno, pues a través de casi dos siglos es natural que cambien algunos nombres no sólo de los colindantes sino también de algunos sitios a los cuales se haya hecho referencia. Asimismo puede suceder que por crecientes y otras causas

naturales el curso de las aguas modifique en parte el perímetro del terreno, sin que por eso llegue éste a perder su identidad.

Tales diferencias aparentes y no sustanciales ocurren respecto de algunos de los títulos que fundamentan la oposición. Así, en la adjudicación hecha mediante el remate pasante ante Berruecos Samaniego a don Joaquín de Sanabria de las dos islas Furnio y Guarumo se las identifica en esta forma: "La una que comienza más abajo del Peñón, donde tiene su estancia Juan Manjarrés, en frente de Pontona, llamada isla de Guarumo y la otra.... ambas en jurisdicción de esta Villa". Y más tarde, en la escritura de 15 de julio de 1796 pasada ante el Notario de la Villa de Honda, María Viviana Galeano viuda de Lonzº Rivas aparece vendiendo a Pedro Ortiz "una isla de tierra que tiene y posee suya propia en jurisdicción de la Parroquia de Guarumo que hubo y adquirió su difunto esposo por compra que de ella hizo a don José Antonio Rodríguez de Sanabria" deslindada así: "p/. el frente con las vertientes de Río Grande la Magdalena; p/. la espalda con el brazuelo del mismo Río Grande..... deslinda las tierras del doctor Galindo por el lado de arriba con el mismo desagüe que (sic) del brazuelo viene a (roto) y por el lado de abajo con el Peñón".

Las anteriores consideraciones llevan a la Corte a concluir que estas diferencias anotadas por el señor Abogado referentes a los linderos en los primeros títulos no afectan la identidad del terreno rematado en 1750.

El señor Procurador afirma que el remate llevado a efecto por Joaquín de Sanabria ocurrió "en el año de 1873" y que tales tierras no aparecen demarcadas en forma que puedan considerarse suficientemente determinadas, para los efectos jurídicos que se persiguen.

Tal afirmación es equivocada, pues en los títulos aparece sin lugar a duda que el remate de Joaquín de Sanabria tuvo lugar el 31 de julio de 1750. Igualmente se desprende del estudio de los títulos la

identidad del predio rematado ante don Joseph Berrueco Samaniego y el vendido por Genero Merino a Abel Acosta Valdés el 3 de diciembre de 1938 por medio de la escritura número 411 otorgada en la Notaría de Ambalema. El señor Procurador alega como base de su afirmación la deficiente alinderación de la finca, la que no se refiere a los puntos cardinales. Pero la objeción no es valedera por tratarse de una isla, cuya identidad geográfica es susceptible de verificarse por medios diferentes a la simple indicación de los predios colindantes.

La oposición debe, por tanto, declararse fundada.

Oposición del Colegio de San Simón de Ibagué.

Esta oposición se formuló ante el Ministerio de la Economía Nacional en memorial fechado el 21 de marzo de 1939 por el doctor Pedro María Carreño en su calidad de apoderado. En ese escrito se dice lo siguiente: "A nombre y en representación de dicho Colegio, de acuerdo con documentos que acreditan su personería y la del exponente, formulo respetuosamente ante ese Ministerio — en conformidad con el artículo 26, aparte 2º de la ley 37 de 1931, tal como quedó modificado por el artículo 5º de la ley 160 de 1936 sobre petróleos, — oposición formal del referido Colegio de San Simón al contrato de exploración y explotación de petróleos que se encuentren en un lote de terreno de 19.199 hectáreas, ubicado en jurisdicción de los Municipios de La Dorada y Samaná en el Departamento de Caldas, y Sonsón en el Departamento de Antioquia, contrato propuesto por el señor Jaime Gutiérrez en su propio nombre.—..... En el lote de terreno a que se refiere la precitada propuesta está el globo de terreno denominado "Chorrea Manteca", que no es terreno baldío y que que pertenece plenamente al Colegio de San Simón de Ibagué, tanto en el suelo como en el subsuelo con el petróleo y demás hidrocarburos que en ellos se en-

cuentren o existan. Ese terreno nunca volvió al patrimonio del Estado después de haber salido de él en virtud de la adjudicación que, con las formalidades legales de entonces, se hizo a don Agustín Bonilla y Ovalle el 5 de noviembre de 1749, como se acredita plenamente con la documentación auténtica que acompaño a este escrito. En vista de estos antecedentes y de los hechos y documentos que adelante enumero detalladamente, debo declarar en este punto, que formulo la presente oposición no sólo en cuanto al suelo y al subsuelo de los terrenos mencionados sino también en cuanto a la propiedad del petróleo y demás hidrocarburos contenidos en ellos La identificación del terreno de "Chorrea Manteca" se hace fácilmente en vista del plano que acompaño, donde se marcan los límites de dicho terreno, que son esencialmente los mismos de la merced al dicho Agustín Bonilla y Ovalle....."

Hace el apoderado una larga enumeración de hechos en los que dice fúndase la oposición. La Corte los extracta así:

1º El 5 de noviembre de 1749 se adjudicó en remate público a don Agustín Bonilla y Ovalle un globo de terreno riberano del río Magdalena y el 11 de diciembre del mismo año se le despachó el título correspondiente por los siguientes linderos: "Desde el río que llaman Pantóná, por el de la Magdalena abajo a dar en el desemboque de la quebrada "Pajara", esto por lo que mira a la frente del expresado río grande de la Magdalena, y de ahí corriendo la dicha quebrada y río de 'Pantóná' arriba hasta dar al alto de las vertientes y serranías que tienen dichas tierras por sus cabeceras". Este globo de terreno se encuentra en jurisdicción de los municipios de La Dorada y Victoria; 2º Esa tierra llegó a ser con el tiempo de propiedad de Tomasa Suárez, quien en el año de 1809 la gravó a favor de la Orden Tercera de San Francisco, residente en Honda, para garantizar una deuda de

\$ 1,300; 3º Que cuando la ley de 3 de agosto de 1821 suprimió los conventos de regulares que no tuvieran por lo menos ocho religiosos de misa, incluyó en la supresión a la Orden Tercera de San Francisco y aplicó todos sus bienes para la dotación y subexistencia de los institutos docentes de Ibagué y Mariquita; 4º De tales bienes, la hacienda llamada ya por entonces 'Chorrea Manteca', la que pertenecía a la extinguida Orden de San Francisco como consecuencia del gravamen constituido a su favor en 1809, fue adjudicada al Colegio de San Simón de Ibagué, cuando se fundó en el año de 1822; 5º Este Colegio ha venido desde entonces ejerciendo una posesión ininterrumpida, quieta y pacífica sobre el inmueble hasta nuestros días en forma tal que el Tribunal Superior de Manizales, dentro de un juicio ordinario que hubo de generar la oposición que este Colegio hizo a la titulación de unos terrenos baldíos por Gabriel Toro S., declaró en sentencia proferida el 11 de julio de 1936, cuya ejecutoria se ha cumplido, que el Colegio opositor era dueño absoluto, por prescripción extraordinaria de la finca denominada de 'Chorrea Manteca' por los linderos que esa misma sentencia señala.

Objeciones de la Procuraduría

Las presentadas por el señor Procurador son las siguientes:

a) No está probada la identidad material entre aquella porción de terreno y lo que se dice pasó de Tomasa Suárez a la Orden Tercera de San Francisco en virtud de gravamen hipotecario constituido por aquella a favor de ésta en el año de 1809. Baste decir que la escritura de hipoteca no contiene demarcación alguna del terreno para que aquella pretendida identidad no esté ni pueda estar acreditada.

b) El gravamen hipotecario no podía por sí solo llegar a constituir título de do-

minio a favor del respectivo acreedor, de conformidad con la legislación española cuyos textos cita el opositor. Y no fue un censo lo que se constituyó por Tomasa Suárez, sino una hipoteca para garantizar un censo preexistente.

c) No está acreditado que entre los bienes que pasaron a ser de propiedad del Colegio de San Simón de Ibagué por virtud de la ley de 6 de agosto de 1821 y del Decreto de 21 de diciembre de 1822, se encuentre precisamente el inmueble que se dice haber pasado del patrimonio de Tomasa Suárez al de la Orden Tercera de San Francisco por virtud del precitado gravamen hipotecario.

d) La posesión material del terreno con posterioridad al 28 de octubre de 1873 no es medio idóneo para acreditar dominio particular del subsuelo petrolífero.

La personería del Colegio

El Colegio de San Simón de Ibagué acreditó suficientemente su personería para intervenir en el presente juicio. En los autos aparecen los siguientes documentos y disposiciones que la Corte encuentra suficientes para demostrar la plena capacidad del Colegio para actuar como opositor: a) El nombramiento de Manuel Escobar M. como Síndico del Colegio; b) Certificaciones del Presidente y Secretario de la Consiliatura de ese establecimiento y del Secretario de Gobierno del Tolima que acreditan que dicho Escobar M. estaba ejerciendo el cargo de Síndico cuando confirió poder para representar al Colegio en este negocio; c) El acta de posesión del mismo Síndico; d) El poder que éste otorgó al doctor Pedro María Carreño; y e) Sendos ejemplares autenticados de la Gaceta del Tolima y del Registro Oficial del Tolima que contienen las Ordenanzas número 14 de 22 de abril de 1911 y número 40 de 11 de abril de 1919 de la Asamblea del Tolima que, en conformidad con las leyes 155 de 1837, artículo 80, y 12 de 1877, artículo 4º, del antiguo Estado del Tolima esta última, reconocen la personería jurídica del Co-

legio de San Simón y su autonomía, y la existencia de la Consiliatura y del Síndico, como sus órganos administrativos legalmente capaces de otorgar poderes.

Título emanado del Estado.

De los documentos 1 y 2 acompañados al memorial de oposición se desprende que Agustín Bonilla y Ovalle adquirió por adjudicación en remate, ante el Juez Subdelegado de las Causas de Tierras, sus ventas y composiciones, en Honda, el 5 de diciembre de 1749, la propiedad de un globo de tierra alinderado en aquella diligencia así: "Desde el río que llaman Pontoná, por el de la Magdalena abajo a dar en el desemboque de la quebrada Pajalar, esto por lo que mira a la frente de el expresado río Grande de la Magdalena, y de hay (sic) corriendo la dicha quebrada, y río Pontoná arriba hasta dar al alto de las vertientes y serranías que tienen dichas tierras por sus cabeceras". Este globo de tierra recibió después el nombre de "Chorrea Manteca", y de él se le expidió al dicho Bonilla y Ovalle título definitivo, de acuerdo con las Cédulas Reales y formalidades vigentes entonces, el 11 de diciembre de 1749. Desde entonces salió dicho terreno del patrimonio del Estado.

No ha sido materia de discusión en el juicio la existencia ni la validez del título de Bonilla y Ovalle, ni tampoco el hecho de estar comprendido el terreno adjudicado entre el río Magdalena, las quebradas Pontoná y Pajalar y las vertientes de las serranías.

Las objeciones transcritas presentadas por el señor Procurador coinciden con lo dicho por el señor abogado del Ministerio de la Economía. La Sala procede a estudiarlas en el orden en que fueron presentadas:

1º "No está probada la identidad material entre aquella porción de terreno y lo que se dice pasó de Tomasa Suárez a la Orden Tercera de San Francisco en virtud de gravamen hipotecario constituido

por aquella en favor de ésta en el año de 1809.

Se considera:

Los límites naturales que determinaron el terreno rematado por Bonilla y Ovalle tienen hoy los mismos nombres que tenían en 1749, a saber: río o quebrada Pontoná, río de la Magdalena, y quebrada Pajalar, los que se han conservado invariables en los alindamientos del terreno de Chorrea Manteca. El perímetro del globo se cierra por "las vertientes y serranías que tienen dichas tierras por sus cabeceras" como reza el título a favor del Bonilla y Ovalle.

En la escritura referente a la hipoteca hecha por Tomasa Suárez en 1809 se habla de "la nominada hacienda" de propiedad de la otorgante "en el paraje de... ado Chorrea Mant..... jurisdicción de Guarumo".

En los antecedentes del remate de Bonilla y Ovalle aparece señalada la situación del terreno en esa misma parte. En efecto, el solicitante Bonilla dice: "que atendiendo a hallarse en el río de la Magdalena las tierras de su Majestad baldías desiertas, me he poblado y puesto mis plantíos a orilla de dicho río en el sitio de enfrente de la isla de Guarumo". Los evaluadores nombrados antes del remate dijeron que habían visto las tierras denunciadas por Agustín Bonilla para su compra, "por estar a orillas del río Grande de la Magdalena de la banda de esta villa frontero a la Isla de Guarumo". Y el Juez de Tierras de la Villa de San Bartolomé de Honda, al adelantar el remate a favor de Bonilla, hizo referencia a las tierras realengas baldías "frontero a la isla de Guarumo de esta jurisdicción". La isla de Guarumo existe hoy como en los tiempos de Bonilla y Ovalle y del propio modo existen el río Magdalena, las quebradas Pontoná y Pajalar y las vertientes y serranías que han servido de lindes naturales e invariables del terreno adjudicado al referido Bonilla, que es el propio terreno denominado Chorrea Manteca comprendido dentro de los mismos límites naturales, situado en la misma ju-

risdicción e hipotecado por Tomasa Suárez.

El nombre de Chorrea Manteca ha sido tradicionalmente aplicado a la finca que fue de esta señora; del mismo modo se ha reconocido que tal finca está limitada por las corrientes del Magdalena, Pontoná y Pajalar y por las vertientes y serranías; la Isla de Guarumo situada en esa parte del río Magdalena no puede confundirse con otras a causa de coincidencias de nombre y situación; y tampoco el nombre de Chorrea Manteca es susceptible de confusión alguna, pues no hay en aquella comarca otra u otras fincas que hayan tenido o tengan dicho nombre.

No hay, por tanto, y esa es la convicción de la Sala, razón para negar la identidad del terreno.

2ª "El gravamen hipotecario no podía por sí solo llegar a constituir título de dominio a favor del respectivo acreedor, de conformidad con la legislación española cuyos textos cita el opositor. Y no fue un censo lo que se constituyó por Tomasa Suárez, sino una hipoteca para garantizar un censo preexistente".

Se considera:

No solamente en la legislación española, sino igualmente en el derecho positivo colombiano el gravamen hipotecario no puede por sí solo constituir título de dominio a favor del respectivo acreedor. Ahora bien, si el gravamen constituido por Tomasa Suárez en 1809 se considera como hipoteca le es aplicable la Ley 27 del T. 2º de la Partida Tercera; y si se lo estima como un censo, entonces le es aplicable la Ley 28 del Título 8º de la Partida Quinta; y en ambos casos hay forzosamente que concluir que la finca materia del gravamen llegó a ser propiedad de la Orden Religiosa de San Francisco de la Villa de San Bartolomé de Honda, por falta de posterior reclamo de la deudora. En efecto, en el protocolo de 1809 de la Notaría de Honda con fecha 24 de octubre aparece la escritura otorgada por Tomasa Suárez a favor de la Venerable Orden Tercera (que es la misma de San Francisco de Asís) para asegurarle una deuda

de Esteban Bermúdez, finado marido de la otorgante, por mil trescientos pesos con hipoteca de una hacienda de su propiedad en el paraje "...ado Chorrea Mant... jurisdicción de Guarumo" según se ve en el texto parcialmente destruido o borrado por la polilla.

Nada se oponía en la legislación española a que el acreedor hipotecario adquiriera la finca gravada, aunque, bien es cierto, algunas veces no pasaba la posesión de lo empeñado o gravado al acreedor, sino la simple tenencia, como cuando entre las partes se había establecido o estipulado así, es decir, cuando esas partes habían convenido la sola tenencia y no la posesión.

En la escritura de hipoteca de Tomasa Suárez a la Venerable Orden Tercera, del protocolo de 1809, no se excluyó la posesión y por consiguiente la Orden quedó dueña de la finca.

Si se descarta la calidad hipotecaria del gravamen impuesto por Tomasa Suárez, siempre quedaría la calidad de censo, según los términos de la escritura supradicha, en la que se declara "reconocen a censo redimible a favor de la Orden", en cuyo caso le es aplicable la Ley 28 del Título VIII de la Partida 5ª que dice: "Et aun decimos que si la cosa que es dada a censo es de iglesia o de orden, si aquel que la así tiene, retovo la renta o el censo por dos años que lo non diese, o por tres años si fuese de home lego que non fuese de orden, que deñde adelante los señores della sin mandado del juez gela pueden tomar".

3ª "No está acreditado que entre los bienes que pasaron a ser de propiedad del Colegio de San Simón de Ibagué por virtud de la ley de 6 de agosto de 1821 y del Decreto de 21 de diciembre de 1822, se encuentre precisamente el inmueble que se dice haber pasado del patrimonio de Tomasa Suárez al de la Orden Tercera de San Francisco por virtud del precitado gravamen hipotecario".

En los autos aparecen acreditados los siguientes hechos:

1º La existencia del convento de San

Francisco de Asís, en la villa de San Bartolomé de Honda.

2º Su supresión operada por la ley de 6 de agosto de 1821.

3º La aplicación de todos los bienes muebles, raíces, censos, derechos y acciones de los conventos suprimidos para la dotación y subsistencia de los colegios de cada provincia.

4º La fundación por Decreto de 21 de diciembre de 1822 del Colegio de San Simón de Ibagué, en la provincia de Mariquita, con una dotación de \$ 58.000 de capitales impuestos que pertenecían a los conventos suprimidos de la provincia de Mariquita, entre los cuales estaba el supradicho convento de San Francisco en Honda.

De los hechos anteriores, concluye la Corte que los derechos que tenía el convento de San Francisco de Honda sobre Chorrea Manteca pasaron al Colegio de San Simón por ministerio de la referida Ley 6, de agosto de 1821, sobre supresión de conventos y aplicación de todos "sus bienes muebles, raíces, censos, derechos y acciones, a la dotación y subsistencia de los colegios de las respectivas provincias y del Decreto de 21 de diciembre de 1822. Si en tales mandamientos legales no se formuló excepción alguna respecto de los bienes del convento de San Francisco que debían pasar a integrar el patrimonio del colegio fundado, la conclusión que saca la Corte es lógica.

El apoderado del colegio afirma haber acreditado en los autos copia auténtica de la Real Cédula de 7 de mayo de 1665 por medio de la cual se pretendía probar la fundación del convento mencionado. La única copia que aparece en el proceso es la de la Real Cédula de 26 de marzo de 1664, que no es precisamente de fundación de tal convento, ya que se limita a pedir algunas informaciones para "saber las conveniencias e inconveniencias que se seguirían de conceder o no la dicha licencia"; la licencia que se pedía para fundar la Orden.

Con todo, esta prueba no es absolutamente indispensable, ya que la existencia

de la Orden se halla acreditada en los autos por otros documentos que no dejan incertidumbre alguna acerca de su personería.

4º “La posesión material del terreno con posterioridad al 28 de octubre de 1873 no es medio idóneo para acreditar dominio particular del subsuelo petrolífero”.

La Corte no puede menos de aceptar y acoger la anterior afirmación del señor Procurador. Pero no advierte la incidencia que ella tenga en el problema que se controvierte. El derecho que se alega al petróleo que pueda haber en los terrenos de Chorrea Manteca se funda no en el hecho de la posesión material ejercida con posterioridad a 1873 por el Colegio de San Simón, sino en título emanado del Estado, a que ya se hizo referencia y en el hecho de no haberse establecido que las tierras rematadas por Bonilla y Ovalle en 1749 volvieron al patrimonio nacional por alguno de los medios señalados en la ley.

Es el caso, por lo dicho, de declarar fundada la oposición.

Oposición de Roberto Robledo Uribe

A nombre y representación de Roberto Robledo Uribe, conforme poder fechado en La Dorada el 21 de enero de 1939, el doctor Jorge Orozco Valencia presentó ante el Ministerio de la Economía oposición a la propuesta del señor Gutiérrez. Afirma el opositor que en el terreno llamado “El Japón”, antiguamente “Arado y Conejo”, tiene el dominio sobre unos derechos, aun en indivisión, y que por haber salido del patrimonio del Estado el predio referido antes del 28 de octubre de 1873, a sus dueños actuales les pertenece no sólo la propiedad del suelo sino también la de los petróleos que en el subsuelo se encontraren.

De los hechos de la oposición se desprende que por escritura 789 de 13 de febrero de 1874, de la Notaría 3ª del Circuito de Bogotá, Luis Peña cedió a Nicolás Pereira Gamba sus derechos como rematador del globo de tierra denominado

“Arado y Conejo”, remate verificado el 29 de septiembre de 1873. Esta oposición se refiere al mismo lote de terreno denominado “Arado y Conejo” hoy “Japón” de que trata la oposición de la Richmond Petroleum. La génesis de sus títulos es enteramente igual a la que se dejó relatada en el estudio sobre ella hasta el año de 1896 en que Trinidad Mantilla de Alvarez declaró que la mitad del predio pertenecía a Manuel Alvarez. De la mitad indivisa de Manuel Alvarez es de donde deriva su derecho este opositor. Según se afirma, de las escrituras que figuran en los autos se desprende que el terreno no volvió nunca más al patrimonio del Estado por razón de nulidad, caducidad, resolución ni por cualquiera otra causa legal, y de ellas se deduce que el opositor tiene un claro derecho como comunero en los terrenos de la mencionada finca.

Con tales fundamentos pide se suspenda la tramitación de la propuesta de Jaime Gutiérrez, en lo que se refiere a sus derechos en dicho globo de terreno, situado hoy en el Municipio de La Dorada y deslindado así: “Por el frente hacia el oriente con el río Magdalena; por el costado derecho hacia el sur, por la quebrada doña Juana en una extensión de dos mil ciento quince metros con terrenos llamados antiguamente ‘la Egipcíaca’ que fueron de los señores París; por el costado izquierdo, hacia el norte, con el río Pontoná y terrenos que se dice son baldíos y por el dondo u occidente, con terrenos también considerados como baldíos”.

El señor Procurador y el señor abogado del ministerio formulan la misma objeción ya analizada al estudiar la oposición de la Richmond. Consideran que por el solo hecho del remate no se adquirió un derecho *in rem* sobre las tierras rematadas. Únicamente se obtuvo por el rematador un derecho a que el Estado le otorgara el respectivo título (*Jus ad rem*) lo cual no vino a hacerse sino el 13 de febrero de 1874.

Como queda referido, esta objeción versa, al igual que la presentada por la Richmond, sobre derechos indivisos ra-

dicados en el globo denominado hoy "Japón", y los puntos de derecho y de hecho sobre que se funda son los mismos, así como las objeciones presentadas por el señor Procurador y por el asesor jurídico del ministerio.

Al estudiar dicha oposición, la Corte concluyó afirmando que ella es fundada. Igual inducción se desprende del estudio que la Corte ha hecho de los títulos del opositor señor Roberto Robledo Uribe.

Oposición de Luisa Robledo de Gómez

El escrito de oposición de la señora Robledo de Gómez fue suscrito y presentado personalmente por la misma ante el gobernador de Caldas el 27 de febrero de 1939. Afirma la opositora que dentro del área que comprende la propuesta de Jaime Gutiérrez tiene derechos como comunera en el globo de terreno denominado antiguamente "Arado y Conejo", hoy "Japón", deslindado así: "Por el frente, hacia el oriente, con el río Magdalena; por el costado del sur, con los terrenos llamados 'la Egipcíaca' de los Parises; por el costado izquierdo hacia el norte con terrenos que se dicen son baldíos, y por el fondo con terrenos también baldíos".

Sobre esta oposición se expresa así el señor abogado del ministerio: en su informe; "El derecho de esta señora como comunera del predio de que se viene tratando en los anteriores estudios es perfectamente claro y no es necesario por lo tanto hacer nuevas consideraciones al respecto. Pero ella, como la Richmond Petroleum Co. of Colombia, y como Roberto Uribe (sic) no puede considerarse dueña del petróleo porque su derecho como comunera en este predio se deriva de un título emanado del Estado con posteridad al 28 de octubre de 1873, según se dejó antes explicado".

Las consideraciones atrás expuestas para justificar la legalidad de la oposición de la Richmond Petroleum Co. y de Roberto Robledo Uribe sirven a la Corte para fundar su convencimiento respecto a la procedencia de la presente oposición.

Oposición de Manuel Dávila Pumarejo y Eduardo Villar

Se refiere a un lote de terreno llamado Fierro Arriba y Fierro Abajo, o sea a las haciendas conocidas con tales nombres, ubicadas en la zona a que se refiere la propuesta de contrato del señor Jaime Gutiérrez, en jurisdicción de La Dorada y Samaná (Departamento de Caldas) y Sonsón (Departamento de Antioquia).

Para probar dominio privado sobre el petróleo que se encuentre en el subsuelo de las dichas fincas los opositores, por medio de apoderado, han presentado una sucesión de títulos que se inicia con la escritura de traspaso que el Tesorero General de Cundinamarca, para cumplir una resolución de la Comisión de Reparto de Bienes Nacionales, hizo a Miguel Amaya, el día 26 de junio de 1827, de los derechos y acciones que tenía el Estado sobre la hacienda Fierro Arriba y Fierro Abajo, y que termina con la escritura número 3029 de 20 de diciembre de 1930, Notaría 1ª de Bogotá, que protocolizó el juicio sucesorio de María Lucía Aza de Dávila, en cuya partición se adjudicó la finca de "Fierro" a su esposo Manuel Dávila Pumarejo.

El señor Procurador delegado, aludiendo al propuesto título emanado del Estado, observa que hay en él una carencia absoluta de demarcación de la finca y que ni siquiera se expresa su ubicación. Agrega que en escritura posterior, por la cual Amaya constituyó una hipoteca a favor del fisco, tampoco se expresan linderos de la finca, y que solamente se vino a señalarle demarcación en la escritura de 11 de abril de 1854, referente a un remate de bienes de Miguel Amaya, pero que no se sabe de dónde resultaron aquellos linderos. Por lo cual es jurídicamente imposible admitir que el inmueble materia de la oposición es el mismo que se dice enajenado por el Estado a favor de Miguel Amaya el 26 de junio de 1827. Estos reparos, que en el estudio jurídico del asunto, coinciden con las únicas observaciones formuladas por el ministerio del ramo,

respecto a la prosperidad de la oposición, merecen el atento examen que de ellos hace en seguida la Corte.

En virtud de varios actos cuyo examen no es necesario en este fallo, las tierras a que se contrae la oposición llegaron a ser de propiedad de la Compañía de Jesús y posteriormente volvieron a poder del Estado por el extrañamiento de los Jesuitas de los dominios de la Corona española en América.

Las transcripciones que en seguida se hacen de documentos producidos con motivo de la venta en subasta pública de las tierras en mención, en tiempos de la colonia, hecha por el procedimiento que se siguió para la venta de los bienes de las llamadas temporalidades, sirven para aclarar el origen de las fincas referidas y para determinarlas, con la indicación de los linderos que en la época de aquel remate se les daban a tales propiedades. Esos documentos pueden verse en la copia que de ellos y de otros más se trajo a los autos en el presente juicio (C. número 15 del expediente), y que aparece precedido del siguiente título: "Junta provincial—Despacho del Juez de Tierras y una escritura fodo de la hacienda de Fierro-Arriba de la provincia de Santa Fe remitido por el señor don Francisco Antonio Moreno Fiscal Protector, y de la Junta de Temporalidades para los avalúos que se han de formar de dicha hacienda".

"En la ciudad de Santa Fe a veinte y tres de noviembre de mil setecientos setenta y cinco: congregados a Junta Municipal de Temporalidades en la Sala destinada para ella, los señores doctor don Francisco Antonio Moreno y Escandón, Fiscal Protector General de Naturales, Juez Comisionado por el Excelentísimo señor Virrey para presidir dicha Junta como uno de los de la ocupación, y extrañamiento de los Regulares extinguidos en el que se llamó Colegio Máximo de esta capital, doctor don Vicente de la Rocha y Labarcés, Canónigo racionero de la Santa Iglesia Catedral, don José Groot de Vargas Regidor, Fiel Ejecutor y Dipu-

tado nombrado por este ilustre Cabildo, doctor don José Ignacio Sanmiguel, Síndico Procurador General de esta dicha ciudad y el doctor don Francisco Vélez Ladrón de Guevara abogado de esta Real Audiencia y defensor de las citadas temporalidades; se vieron con la mayor atención, esmero y cuidado, los autos de las haciendas nombradas Fierro Arriba y Fierro Abajo, que tenían los Regulares extinguidos en la jurisdicción de la Villa de Honda, y de ellos consta, que habiéndose sacado a la venta y pregón, se ocurrió por Isidro Aldana. . . . Lo que estando ejecutando por el Pregonero Público, mejoraron la postura del dicho Aldana, don Pedro de Castro y don Bernardo Bermúdez; por lo que habiendo habido varias pujas y repujas, últimamente la adelantaron los nominados Castro y Bermúdez, hasta la cantidad de cinco mil trescientos y cincuenta pesos; y como no hubo mayor postor aunque se repitió el pregón por espacio de tiempo, se apercibió al remate pasándose noticia a su Excelencia, y con su asenso se procedió a él, y quedaron rematadas estas dos haciendas en los referidos don Pedro Castro y don Bernardo Bermúdez, en la citada cantidad de cinco mil trescientos y cincuenta pesos a reconocer a censo redimible. . . . Con lo que se concluyó los señores rubrican, y los dichos Castro y Bermúdez firman por ante mí de que doy fe —está rubricado —Pedro Castro —Bernardo Bermúdez— ante mí don José de Rojas. Concuerta este traslado con su original de donde se sacó, corrigió y concertó está cierto y verdadero a que me remito, y para que conste en estos autos pongo en presente y firmo en Santa Fe a veinte y cinco de noviembre de mil setecientos setenta y cinco (Fdo.) José de Rojas".

"...En la hacienda de Fierro Arriba a ocho días del mes de mayo de mil setecientos setenta y seis años yo José Bermúdez Alcalde de este Partido de Purnio habiendo recibido carta orden del señor Alcalde don Juan Manuel Gómez su fecha primero del corriente que halla por ca-

bezas de estas diligencias en la que me ordena entregue las dos haciendas nombradas Fierro Arriba y Abajo a don Bernardo Bermúdez con asistencia del Administrador de Temporalidades y con arreglo al despacho librado por la Junta Municipal de Santa Fe fecha 13 de marzo del corriente año que trae el citado Bermúdez por sí y por don Pedro de Castro y Lemos vecino de la ciudad de Santa Fe —el que habiéndolo presentado ante mí y los testigos con quienes actúo por defecto de escribano con la correspondiente comisión a mí dada por el citado señor Alcalde que halla agregado al citado despacho con las correspondientes citaciones en cuya atención obedeciendo en todas sus partes con el respeto debido pasé inmediatamente a la citada entrega asociado del citado administrador y testigos— que se ejecutó en la forma siguiente: Primeramente se le entregaron las tierras que constan en el inventario y comienzan desde la Boca del Caño del Pajaral río Grande arriba hasta la boca de un caño seco que divide la hacienda de Fierro Arriba, Río Grande abajo. . . . En la hacienda de Fierro Abajo a once días del mes de mayo de mil setecientos setenta y seis años para entrega de esta hacienda pasé con el administrador rematante y testigos con quienes actúo se procedió a la entrega en la forma siguiente. . . . Primeramente se le entregaron las tierras de dicha hacienda que se pasearon y comienzan desde la boca del caño seco hasta la boca de la quebrada del Tigre Río Grande abajo. . . .”

Con los documentos transcritos se establece claramente que las haciendas Fierro Arriba y Fierro Abajo fueron rematadas como bienes pertenecientes a las Temporalidades, que se adjudicaron a don Pedro de Castro y don Bernardo Bermúdez, y que a ellos se les hizo entrega del inmueble de conformidad con los linderos que en la diligencia se relacionan.

El traspaso a Miguel Amaya de los derechos del Estado en la hacienda dicha consta en la escritura pública otorgada ante el Escribano de Hacienda de Bogotá

por el Tesorero Departamental de Cundinamarca el día 26 de junio de 1827, de la cual aparece una copia auténtica en el expediente de la oposición (documento número 1). En ella expresa el Tesorero que en cumplimiento de la superior resolución de 17 de febrero de 1824 por la cual la Comisión de repartos de bienes nacionales adjudicó al señor Miguel Amaya la hacienda nombrada de Fierro Arriba y Fierro Abajo, por la cantidad de dos mil cincuenta y seis pesos cinco reales por cuenta de dos mil quinientos pesos que se declararon de haber militar al teniente señor Pedro Brien y que fue endosado a favor de Amaya, procede a “nombre del Estado a seder (sic) y traspasar a favor (sic) del expresado sor. Amaya los mismos derechos y acciones que tiene el Erario a esta hacienda para que desde hoy en adelante la disfrute como propia, y haga el uso que mejor le combenga (sic)”.

En el año de 1834 el señor Miguel Amaya aparece hipotecando las tierras de Fierro Arriba y Fierro Abajo para responder de su ejercicio en la destilación o abasto de aguardientes del Cantón del Espinal. La escritura que así lo atestigua es la extendida en la ciudad de Honda el 9 de septiembre de ese año ante el Escribano Público y de Hacienda don José Lucio de Elorga donde dijo el compareciente: “que para seguridad de los trescientos cuarenta y siete pesos seis reales de los dos yimestres que tiene que asegurar hipoteca especialmente una hacienda suya propia nombrada Fierro-arriba y Fierro-abajo, ubicada en feligresía de la parroquia de Guarumo, la cual hubo por traspaso que le hizo de ella el señor Pedro Brien como costa (sic) de la adjudicación que le hizo el gobierno a este por su haber militar, su fecha a veinte y seis de junio de mil ochocientos veinte y siete. . . .” (Documento número 2 de la oposición).

Aunque Miguel Amaya dice que hubo la finca por traspaso que le hizo Pedro Brien, es muy claro que alude a la cesión de sus haberes militares, con la cual re-

clamó y obtuvo Amaya la finca nombrada, según la escritura que cita de fecha 26 de junio de 1827. En la escritura de hipoteca de 1834 no se señalaron linderos, pero está fuera de duda que el inmueble gravado por Amaya fue el adquirido por él en el remate de 1827.

Por haber resultado alcances de dinero a cargo de Miguel Amaya en su calidad de rematador del Estanco del Cantón del Espinal, el Tesorero de Hacienda Nacional de Honda siguió ejecución contra él y en ella remató la finca hipotecada, el señor Alejo María Pérez el 28 de agosto de 1847. De la protocolización de la diligencia respectiva, hecha bajo el número 49 por el Notario público del Cantón de Honda el día 11 de abril de 1854 (documento número 3 ib.), aparece que: "hallándose el señor Tesorero de Hacienda en el despacho de la oficina a su cargo dijo: que siendo hoy el día señalado para volver a efectuar el remate de los bienes embargados y revaluados de la pertenencia del deudor ausente Miguel Amaya, para pago de la cantidad de doce mil trescientos sesenta y un reales que resulta adeudar al tesoro nacional, como acentista que fue del ramo de aguardiente del Cantón del Espinal en los años de mil ochocientos treinta y cuatro, y mil ochocientos treinta y cinco, con los réditos causados hasta treinta y uno de agosto de mil ochocientos cuarenta y seis, se procediere a enunciarlo al público por medio de los pregones respectivos. . . . Este pregón fue repetido varias ocasiones (sic) hasta que siendo llegada la hora señalada para cerrar el remate, y no habiendo quien mejorare la postura hecha por el expresado señor Pérez se dio el último pregón diciendo: cuatrocientos ochenta y nueve pesos dos reales dan por la hacienda de Fierro Arriba y Fierro Abajo que se está pregonando bajo las condiciones propuestas por el señor Alejo María Pérez; que también se han anunciado al público, parezca se le admitirá la que hiciere que se ha de rematar a hora a la una; a las dos; a la tercera, y pues que no hay quien puje ni diga más, que bue-

na, que buena y que buena pro le haga al rematador señor Alejo María Pérez. Con lo cual se concluyó esta diligencia que firman los señores Tesoreros y rematador"

Por comisión del Juez Letrado de Hacienda de Honda al Juez parroquial respectivo, éste último dio posesión de la hacienda al rematador en estos términos: "En fierro a once del mes de octubre de mil ochocientos cuarenta y siete, yo el Juez en cumplimiento del anterior despacho y en asocio de los testigos actuarios por falta de Escribano, del señor Alejo María Pérez, de los prácticos me constituí a este punto que es el de la hacienda llamada Fierro Arriba y Fierro Abajo; . . . igualmente se le dio posesión de los terrenos nombrados Fierro Arriba y Fierro Abajo; desde la quebrada llamada de Pajalal, hasta la quebrada de Tigre, y desde la orilla del Magdalena hasta el lindero de la provincia cuyos terrenos contenidos de una a otra de las quebradas mentadas, son los terrenos nombrados Fierro Arriba y Fierro Abajo que constituyen la hacienda de este nombre: "lo cojí de la mano, lo pasié, arrancó yerbas, tiró piedras, cortó palos, en señal de posesión. . . ." (Documento citado).

En el testamento de Alejo María Pérez otorgado el 4 de marzo de 1873 por la escritura número 28 de la Notaría de Honda (documento número 4 ib.) el otorgante dijo: "Declaro por bienes míos: el terreno de Fierro sito en la banda occidental del río Magdalena en jurisdicción de este Distrito por los linderos que expresa el título traslativo de dominio protocolizado en el registro judicial del año de mil ochocientos cincuenta y cuatro, bajo el número cuarenta y nueve".

Es evidente, según los documentos que se han examinado, que el inmueble de Fierro Arriba y Fierro Abajo, perteneciente al Estado como bien suyo en el género de las Temporalidades, fue vendido en pública subasta a Miguel Amaya en 1827; que éste lo hipotecó al mismo Estado en 1834; que en 1847 Alejo María Pérez lo adquirió en remate público y que

en 1873 aparece relacionado en el patrimonio de Pérez al otorgar éste su testamento.

Posteriormente los sucesores de Alejo María Pérez en el dominio del inmueble hacen con relación a él numerosas transacciones hasta llegarse al título aducido ahora por los opositores.

El reparo formulado por el señor Procurador, tocante con la indeterminación del inmueble, por la falta de datos sobre el mismo en las primeras escrituras, no puede sostenerse en presencia del examen que se ha hecho de los títulos aducidos. Es verdad que en el título primitivo a favor de Amaya no se expresan linderos, sino que se ceden a aquel los derechos y acciones que tenía el erario a la hacienda de Fierro Arriba y Fierro Abajo, pero es claro que las tales fincas eran las ya conocidas, por los antecedentes expuestos, y delimitadas desde el tiempo de la colonia. En la escritura de hipoteca de 1834 no se señalaron linderos, pero de conformidad con ella no es siquiera dudoso que el inmueble gravado por Amaya entonces fue el adquirido por él en el remate de 1827. En la entrega hecha en 1847 a Alejo María Pérez se fijaron estos linderos: "desde la quebrada llamada de Pajalal, hasta la quebrada de Tigre, y desde la orilla del Magdalena hasta el lindero de la provincia".

Como no hay duda alguna de que el título aducido para la oposición se refiere a las haciendas de Fierro Arriba y Fierro Abajo, que éstas salieron legalmente del Estado en 1827 y que después se han mantenido en el dominio de particulares, hasta hoy, debe admitirse que tal título es válido para establecer el hecho alegado de haber salido del patrimonio del Estado dichas tierras antes del año de 1875 en que se hizo la reserva del petróleo a favor de la nación.

En cuanto al área del inmueble mencionado, interesa considerar la observación que se hizo por el ministerio del ramo sobre la circunstancia de haberse pregonado la finca para el remate en 1847 diciendo el pregonero que dicha hacienda

se componía de 100 fanegadas de tierra, como así ocurrió realmente. A lo cual expresa la Sala su concepto de que es inválido el argumento para limitar la extensión de la finca a cien (100) hectáreas, como pudiera acaso pretenderse, tomando como base para ese entendimiento la sola y única referencia existente en el particular, consignada en el pregón dicho, si de otro lado aparece una entrega de posesión por autoridad competente, en la cual se señalan linderos arcifinios, claros y determinados o determinables. Alejo María Pérez no remató cien hectáreas de terreno, sino la finca de Fierro Arriba y Fierro Abajo. Es obvio que al dársele ulterior posesión por los linderos aludidos, estos prevalecen para fijar la extensión del inmueble, vendido no por cabida sino como un cuerpo cierto.

Pero pudiera decirse acaso que la alinderación de 1847 fue abusiva y graciosa, sin base en antecedentes serios y ciertos sobre la extensión de Fierro Arriba y Fierro Abajo, al momento de rematarla Miguel Amaya. Con todo, este reparo tampoco estaría fundado, porque ya se vio cómo aquella hacienda fue entregada por linderos arcifinios muy análogos a los de 1847, en el año de 1776 a Bernardo Bermúdez: "desde la boca del caño del Pajalal Río Grande arriba, hasta la boca de un caño seco que divide la hacienda de Fierro Abajo Río Grande abajo, y desde la boca del caño seco hasta la boca de la quebrada del Tigre Río Grande abajo". Estos últimos linderos coinciden, en lo principal, con los de 1847, en cuanto señalan una extensión comprendida entre las quebradas de Pajalal y del Tigre, y el río Magdalena.

La Sala considera que debe admitir, y admite como buenos para la presente oposición, los títulos examinados y los linderos que de ellos aparecen, porque no encuentra fundamento para desconocer su validez y alcance, tomando como base las pruebas aducidas. Lo que no implica que en punto a linderos no puedan seguirse por separado las acciones legales condu-

centes al deslinde del inmueble con otras propiedades del Estado o de terceros.

Es el caso, por lo dicho, de declarar fundada la oposición hecha por los señores Dávila Pumarejo y Villar.

Oposición del Municipio de La Dorada.

Para fundamentarla se han aducido pruebas y alegaciones en torno a estos hechos:

“En el año de 1676 el capitán Cristóbal de Pantoja obtuvo de la Real Audiencia de Santa Fe una merced de tres caballerías de tierras, de las antiguas, en la orilla derecha del río de la Miel, jurisdicción de Honda entonces, y en 1702 perfeccionó su título sobre tales tierras. Pantoja dejó por testamento en 1705 las tierras mencionadas al Colegio de la Compañía de Jesús, de Honda. Por la confiscación de los bienes de los Jesuitas fueron tomadas por la Junta de Temporalidades de Honda en 1767, que las puso en subasta con el nombre de “hacienda de Buenavista” adjudicándoselas y entregándoselas a don Juan Frajela, en 1775. Desde entonces no se sabe a quién pertenecen, pues ni Juan Frajela las enajenó, ni sus sucesores las han poseído ni enajenado, según resulta de certificaciones expedidas por las Oficinas de Registro de Honda y Manzanares. Con tales antecedentes deduce el opositor que las tierras referidas son bienes vacantes que pertenecen al Municipio de La Dorada, en la parte de ellas comprendida dentro de los linderos de ese distrito.

Plantea así la cuestión el señor apoderado del opositor:

“De los documentos relacionados resulta, sin lugar a duda, el hecho muy importante en este caso de que los terrenos, objeto de la presente demanda de oposición, no son baldíos; que tales tierras por no haber sido enajenadas por su dueño ni por sus herederos, y haber sido abandonadas, constituyen un bien vacante; y como de acuerdo con la ley tal vacante pertenece al Municipio de La Dorada, y por otra parte, como dicho municipio ha ini-

ciado el juicio sobre declaratoria de vacante y adjudicación correspondiente, todo ello impone la suspensión de la tramitación de la supradicha propuesta del señor Jaime Gutiérrez...”

Aunque en el libelo de oposición se dijo que en la Corte Suprema de Justicia “se demostrarán los hechos referentes al juicio sobre declaratoria de vacantes y adjudicación al Municipio de La Dorada del lote de terreno deslindado en el hecho 10”, y aunque en el término probatorio se solicitó, al parecer con tal fin, la copia de una sentencia al Juez de Circuito de Manzanares, no aparece en los autos la prueba legal de haberse adjudicado al Municipio de La Dorada, en calidades de vacantes, las tierras a que se contrae la oposición.

Expresa en su alegato el señor apoderado que hallándose demostrado que los terrenos fueron de propiedad de Juan Frajela, que, hasta donde es posible demostrarlo, dada la naturaleza misma del hecho, fueron abandonados por su dueño, y que por otra parte el Municipio de La Dorada ha promovido el juicio correspondiente sobre declaratoria de bien vacante, la Corte puede presumir, sin temor a equivocarse, que se trata de un bien vacante y que tanto este como el petróleo que en él se encuentre, pertenecen al municipio; y agrega que la especialidad del procedimiento que implican las oposiciones no le quita importancia ni aplicabilidad a normas procesales establecidas para desarrollar acciones precautelativas separadas, en un caso en que, como en el presente, la declaración de ser fundada la oposición viene a equivaler a una medida provisional de seguridad para proteger un derecho o un posible derecho.

Se considera:

Si se formulare oposición en cuanto a la propiedad del petróleo, dice el artículo 5º, inciso 4º, Ley 160 de 1936, se enviará el asunto a la Corte Suprema de Justicia para que ella decida si es o no fundada la oposición. Está versa sobre la propiedad del petróleo. Hay, por tanto, que demostrar que ella existe a favor de quien

se opone a la celebración del contrato. No bastan la afirmación y la comprobación, tan convincentes como se las suponga, de que existe el derecho y de que hay hechos demostrados conforme a los cuales una persona tiene, sobre ciertos bienes, las condiciones necesarias para ser declarada dueña de ellos en calidad de vacantes. Es indispensable la declaración respectiva.

En el presente caso esa declaración no se ha proferido en favor del Municipio de La Dorada y por lo mismo éste no ha acreditado la propiedad sobre el petróleo. Tan sólo aduce hechos de los cuales infiere que unas tierras, por haber salido del dominio del Estado y no haber vuelto a él, le pertenecen con el carácter de vacantes, basándose en claras disposiciones legales. Pero la situación jurídica en que puede encontrarse el Municipio de La Dorada no se ha calificado por el órgano y los trámites correspondientes para poder deducir si los terrenos son de propiedad del municipio. En otros términos, no se ha presentado la comprobación legal necesaria sobre la propiedad del petróleo, exigida en la ley que establece el conocimiento por la Corte de estos negocios.

Ni podría la Sala, como lo sugiere el opositor, declarar que es fundada la oposición considerando que se presume que se trata de un bien vacante. Tal presunción, con los efectos jurisdiccionales que se pretenden, no puede hacerla la Corte sin darse al propio tiempo una jurisdicción que no le atribuye la ley. En acción diferente y ante otras entidades del Organismo Judicial pueden y deben impetrarse las declaraciones que, si no expresa, sí implícitamente se le piden ahora a la Corte.

Como el propio opositor acepta no existir el título que se echa de menos, y como éste no se ha presentado, carece de objeto que la Sala entre a hacer un estudio pormenorizado de los documentos que se han traído al proceso y con los cuales sí podría acreditarse, fuera de toda competencia por parte de la Corte, para decidir en el juicio, ser presumible, como lo afirma el señor apoderado, la existencia ju-

rídica, no declarada aún, de un bien vacante perteneciente como tal al Municipio de La Dorada. Las medidas precautelativas que sugiere el señor apoderado, en favor del municipio, no puede adoptarlas la Corte sin invadir jurisdicción extraña, precisamente por no atribuirle la ley, en la acción que ahora se falla, el conocimiento y decisión conducentes a declarar que existe para el Municipio de La Dorada la propiedad de los bienes vacantes referidos.

En atención a estas consideraciones ha de abstenerse la Sala de declarar fundada la presente oposición.

Oposición del Municipio de Sonsón

Tiene por base los mismos hechos, documentos, pruebas, y alegaciones presentados en la oposición del Municipio de La Dorada. El derecho que se pretende hacer valer radica en la presunta propiedad por el Municipio de Sonsón de unas tierras que hacen parte de las que fueron adjudicadas por merced de la Real Audiencia de Santa Fe en el año de 1676 al capitán Cristóbal Pantoja y que se dice abandonadas por él y sus sucesores legales, debiendo pasar de esta suerte como bienes vacantes al Municipio de Sonsón.

Siendo idénticos los títulos que se aducen aquí a los propuestos como tales en la otra oposición, y habiendo observado ya la Corte que ellos no acreditan el dominio privado del petróleo, mientras sobre los mismos no recaiga una declaración pronunciada válidamente conforme a la cual se les tenga a los bienes como vacantes y pertenecientes al municipio opositor, no es necesario que la Sala reproduzca las razones expuestas, según las cuales no aparece fundada la presente oposición.

Otras oposiciones

Las presentadas por Ruben Ramírez, Abraham Sierra, Marcelino Echeverría, Fidelina Pérez, Andrés Echeverría, José Domingo Mahecha, Luis F. Calderón, Eli-

gio Ramírez, Daniel Rubio, Julio Suárez, Cerefino López, Agustín Galeano Lozano, Carmen Barrios, Nicolás Moreno, Ildefonso Cardoso, Rosendo Garzón, Emilio Rubio, Florentino Rodríguez, Marco A. Rey, y otros que coadyuvan las posiciones de los anteriores, se refieren no a la propiedad del petróleo sino a la de mejoras en los lotes a que respectivamente se refieren. No planteando estas oposiciones la cuestión tocante con el dominio del petróleo, que es para lo que asuntos de esta clase vienen al estudio de la Corte, no hay materia en tales oposiciones que requiera la decisión de esta Sala.

Pablo A. Sepúlveda sí hace oposición alegando propiedad en el petróleo que se encuentre en el lote de terreno que posee, pero no aduce el título legal para probar su derecho, ya que se apoya en varios testimonios que resultan ineficaces para la comprobación que se pretende. Por este motivo ella no puede prosperar.

En los memoriales de oposición se solicita que al admitirse ellas se declare que el dominio privado en las respectivas tierras "comprende el suelo y el subsuelo en virtud de títulos que se remontan a una época anterior al 28 de octubre de 1873". No puede hacer la Corte esta declaración general. El presente juicio sumario se refiere a la calificación de los títulos para determinar si existe propiedad privada sobre el petróleo, y a ello debe limitarse el fallo.

Resolución

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1º Son fundadas las oposiciones a la propuesta hecha por Jaime Gutiérrez para la celebración de un contrato de explotación y explotación de petróleos en un lote de terreno ubicado en los municipios de La Dorada, Samaná y Sonsón, Departamento de Caldas y Antioquia, y que formularon la Richmond Petroleum Co. of Colombia, sobre los terrenos de "Arado y Conejo o Japón"; Abel Acosta Valdés sobre los terrenos "Santa Elena o Isla de Guarumo"; el Colegio de San Simón de Ibagué sobre las tierras llamadas "Chorra Manteca"; Roberto Robledo Uribe y Luisa Robledo de Gómez, sobre las tierras de "Arado y Conejo o Japón"; y Manuel Dávila Pumarejo y Eduardo Villar, sobre los terrenos "Fierro Arriba y Fierro Abajo".

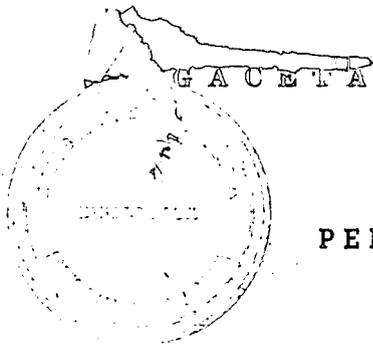
2º Decláranse infundadas las oposiciones formuladas por los Municipios de La Dorada y Sonsón sobre las tierras a que se refieren cada una de esas oposiciones, situadas en esos municipios.

3º No es el caso de considerar las oposiciones de Ruben Ramírez, Abraham Sierra, Marcelino Echeverría, Fidelina Pérez, Andrés Echeverría, José Domingo Mahecha, Luis F. Calderón, Eligio Ramírez, Daniel Rubio, Julio Suárez, Cerefino López, Agustín Galeano Lozano, Carmen Barrios, Nicolás Moreno, Ildefonso Cardoso, Rosendo Garzón, Emilio Rubio, Florentino Rodríguez, y Marco A. Rey.

4º Es infundada la oposición de Pablo A. Sepúlveda sobre el lote de terreno a que ella se contrae.

Publíquese, notifíquese, cópiese y envíese al Ministerio de Minas y Petróleos.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Secretario.



PENSION

La pensión debe pagarse desde la fecha de la presentación de la demanda y no desde la de la sentencia, porque ésta no crea el derecho sino que se limita a reconocerlo. No existe ninguna disposición legal que reglamente lo relativo a la fecha en que debe empezar el pago de las pensiones, con excepción de los sueldos de retiro de los militares, que deben pagarse desde el día en que se produce la novedad de la baja. Pero el artículo 421 del C. C. dice que los alimentos se deben desde la primera demanda, disposición que es aplicable por analogía, ya que la pensión viene a ser una gracia que concede el Estado para la subsistencia del empleado que carece de bienes de fortuna.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, febrero diez de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El señor Lisandro Jaime, en libelo de fecha 31 de octubre de 1938, demandó a la Nación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja para que previos 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 vitalicia por la suma de cincuenta y cinco pesos mensuales (\$ 55.00), por concepto de los servicios que el actor prestó al Estado durante un período mayor de treinta años.

Corrido el traslado de la demanda al señor Fiscal del precitado Tribunal, dicho

funcionario la contestó aceptando unos hechos, negando otros para que se demuestran y conviniendo en los fundamentos de derechos invocados por el demandante.

Agotada la tramitación propia de la primera instancia, el Tribunal pronunció sentencia el día 17 de agosto de 1939, declarando que no es el caso de obligar a la Nación al pago de la pensión solicitada por el señor Jaime.

Contra la anterior sentencia absolutoria interpuso apelación el demandante, por lo cual los autos llegaron a la Corte para la tramitación y fallo del recurso. Surtidos como están los trámites 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 dictar el fallo definitivo.

1. Jurisdicción de la Corte. Lo primero que debe dejar establecido la Corte es si tiene o no jurisdicción para conocer de este negocio, en atención a lo dispuesto por el artículo 4º de la Ley 153 de 1938.

Sobre el particular esa misma Sala ha conceptualizado que tiene jurisdicción para conocer de asuntos como el presente cuando la demanda haya sido presentada con anterioridad a la vigencia de la Ley 153 antes citada. Y como este juicio ordinario fue promovido el 31 de octubre de 1938, es decir, varios meses antes de haber empezado a regir la precitada Ley 153, es obvio entonces que la Corte no ha perdido la jurisdicción para conocer de este negocio.

II. Los fundamentos de la sentencia recurrida. En el siguiente aparte del fallo del Tribunal están brevemente sintetiza-

dos los motivos que sirven de fundamento a dicha providencia:

“De todo lo expuesto se concluye que, si bien el señor Lisandro Jaime la casi totalidad de los requisitos legales (sic) para que prospere su demanda, no logró, sin embargo, probar con la plenitud de las ritualidades exigidas por el párrafo del artículo 3º de la Ley 29 de 1905, sino veintitrés años, ocho meses y diez días de servicio en distintas dependencias oficiales, así nacionales como departamentales: Pues dicho está que no puede concederse valor probatorio a las pruebas enumeradas en los numerales 1º, 8º, 17 y 18 del aparte A) de esta exposición.

Las pruebas desechadas por el Tribunal son las siguientes:

a) Declaraciones de los señores Raclías Reyes y Luis Adán Soto, quienes afirman que el demandante ejerció el cargo de oficial escribiente de la Prefectura de Tundama por el término de dos años. Dice el Tribunal que esta prueba “no tiene mérito legal por cuanto la ley exige cinco testigos para demostrar el hecho de que se trata”;

b) Certificado del doctor Narciso Torres Meléndez, magistrado del Tribunal Superior de San Gil, y declaraciones de los señores Guillermo Boada y Jesús Torres Meléndez, acerca de que el actor ejerció por dos años el cargo de oficial primero de la dirección subalterna de estadística de Tundama. A este respecto se afirma en la sentencia recurrida que “por no ser cinco las declaraciones, ni ser contestes, ni haber sido rendida la del señor Boada ante un juez de circuito”, carecen de valor probatorio;

c) Declaraciones de los señores Emilio Mariño y Máximo A. Morales en las que se afirma que el demandante fue escribiente del Juzgado Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa en los años de 1902 y 1903 y que en 1904 y 1905 desempeñó el puesto de oficial escribiente del Tribunal Superior del aludido distrito judicial. Con respecto a esta prueba el Tribunal afirma que por no ser cinco los testigos resulta deficiente al tenor de lo dis-

puesto en el párrafo del artículo 3º de la ley 29 de 1915; y d) Declaraciones de los señores Emelías Reyes y Carlos Julio Guerra, al tenor de las cuales el señor Jaime fue oficial escribiente del Juzgado Superior de Santa Rosa en los años de 1897, 1898 y 1899. Tampoco acepta esta prueba el Tribunal, por no haberse aducido el número preciso de declaraciones que exige la precitada ley 29 de 1905.

III. Motivos de la Corte—Revisado cuidadosamente el acervo probatorio de la primera instancia en este juicio, la Corte llega a la conclusión de que, como lo sostuvo el Tribunal en la sentencia recurrida, el demandante ha acreditado plenamente el cumplimiento de los siguientes requisitos establecidos por el artículo 3º de la ley 29 de 1905: 1º Que a la fecha de la demanda el señor Jaime tenía más de sesenta años; 2º Que en el desempeño de sus destinos el actor se ha conducido con honradez y consagración; 3º Que el demandante no ha recibido pensión o recompensa ni está en el goce de ella; 4º Que el señor Jaime está a paz y salvo no solamente con el Tesoro Nacional sino también con los Tesoros Departamental y Municipal de Boyacá; 5º Que el último destino desempeñado por el demandante fue el de secretario del Juzgado 2º del Circuito de Sogamoso; y 6º Que computados globalmente los cargos que el señor Jaime acreditó plenamente haber desempeñado, se tiene un total de servicio al Estado por el término de veintitrés años, ocho meses y diez días. De tal suerte que precisa averiguar si dentro del término probatorio de la segunda instancia el actor logró mejorar las pruebas tendientes a demostrar la prestación de dichos servicios por el término a que se refiere la ley 29 de 1905, esto es, el de treinta años. Siguiendo el derrotero trazado por el Tribunal con base en las constancias del expediente, se tiene que el demandante estaba obligado a demostrar en esta segunda instancia, para acreditar su perfecto derecho a la pensión por él reclamada, un tiempo de servicios adicionales por el término de seis años, tres meses, veinte días.

En concepto de la Sala ese tiempo de servicios está acreditado por medio de los siguientes elementos de convicción, dentro de término probatorio de la segunda instancia: 1º Declaraciones rendidas con las formalidades legales por los señores Emidio Mariño, Felipe Pérez, Jesús y Graciano Niño, corroborantes de las que rindieron en la primera instancia los señores Carlos Julio Gaona y Emelías Reyes, en virtud de las cuales se acredita que el señor Jaime ejerció por el término de tres años (1897, 1898 y 1899) el cargo de escribiente del Juzgado Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo. 2º Declaraciones de los señores Emelías Reyes, Juan Mata Niño, Jesús y Graciano Niño Martínez, corroborantes de la declaración que en la primera instancia rindió el señor Máximo A. Morales, en el sentido de que el demandante ejerció durante dos años (1902 y 1903) el mismo cargo a que se hizo referencia en el punto anterior, esto es, el de oficial escribiente del Juzgado Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo; y 3º Declaraciones de los señores Emilio Mariño y Juan Mata Niño, corroborantes de las declaraciones que en la primera instancia rindieron los señores Narciso y Josué Torres Meléndez y Guillermo Boada, de las cuales aparece que al menos durante dos años (1907 a 1909), el señor Jaime desempeñó el cargo de oficial primero de la dirección de estadística de Tundama. Las declaraciones anteriores están complementadas por medio de la acta original del Ministerio de Hacienda y Tesoro de fecha cinco de julio de 1907, en que se le comunica al actor que fue nombrado para el cargo a que se ha hecho referencia en este punto (fl. 8 del C. principal). En síntesis, de las pruebas que se acaban de relacionar se deduce un tiempo de servicios del demandante que no baja de siete años, los que agregados al tiempo de servicio acreditado plenamente en la primera instancia, arroja un total que pasa de los treinta de que habla la ley 29 de 1905. La Sala advierte que ha admitido la prueba testimonial como demostrativa

del desempeño de varios empleos por parte del actor, en atención a que en el expediente existe la plena prueba de que han desaparecido los archivos o documentos donde debían constar aquellos hechos.

Si bien es cierto que por regla general no es legalmente admisible la prueba testimonial para comprobar hechos que deben constar por documentos o pruebas escritas preestablecidas por las leyes, como, por ejemplo, la calidad de ser o haber sido empleado un individuo, también es evidente que esa misma prueba debe admitirse en caso de falta absoluta bien justificada. de las pruebas preestablecidas y escritas. En el caso de autos obran a los folios 1 v., 3 v. y 7 v. del cuaderno principal los siguientes documentos públicos, que acreditan la falta absoluta de las pruebas preestablecidas y escritas en relación con varios de los destinos públicos desempeñados por el señor Jaime: a) Certificado del Alcalde Municipal de Santa Rosa de Viterbo, de acuerdo con el cual "los libro de decretos de nombramientos y diligencias de posesión de la extinguida Prefectura de la Provincia de Tundama correspondientes al año de 1894, no fueron hallados debido a que el archivo de dicha Prefectura el cual está a cargo de la Alcaldía, fue casi destruido a consecuencia de la última guerra". b) Certificado del secretario del Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, según el cual "examinado cuidadosamente el archivo de la oficina no fue hallado el correspondiente a los años de 1897, 1898 y 1899, ni fueron encontrados los libros correspondientes a los años de 1902 y 1903, sin que se sepan las causas para no encontrarse tal archivo ni tales libros, pues en los inventarios de la oficina no hay ninguna constancia al respecto. Aquí está el archivo del antiguo Juzgado", y c) Informe del Archivero del Departamento de Boyacá, de acuerdo con el cual "la copia de la diligencia de posesión del señor Lisandro Jaime como oficial 1º de la Dirección Subalterna de Estadística del extinguido Departamento de Tundama (Estadística Na-

cional) de 1907, no se expide, por razón a que el libro de posesión de empleados de la Gobernación de Tundama correspondiente al año de 1907 no fue hallado, y se ignora su paradero, de julio de ese año en adelante.

De consiguiente, la Corte estima que el demandante ha llenado los vacíos que el Tribunal de primera instancia observó en el acervo probatorio, siendo por lo tanto el caso de considerar que el señor Jaime es acreedor a la pensión de jubilación materia de este juicio.

El señor Procurador Delegado en lo Civil sostiene que deben ser rechazadas las pretensiones del demandante, por cuanto existen ciertas pruebas defectuosas que no pueden aceptarse como elemento demostrativas de los hechos alegados por el señor Jaime. Allí, por ejemplo, dice aquel funcionario que hay algunos testigos que declaran que el actor desempeñó cierto cargo por un término de trece años, al caso que otro sostiene que solo lo ejerció por dos años. Empero, este detalle en realidad de verdad no puede tener una trascendencia tal que lleve a la Corte a negarle al demandante el reconocimiento de la pensión que impetra, si, como lo acepta el mismo señor Procurador, "las demás exigencias de la ley 29 de 1905 aparecen plenamente probadas". A que se agrega que la Corte, en el caso concreto de los testimonios arriba citados, acogió esa prueba como demostrativa del tiempo en que sí coinciden los testigos, esto es, el de dos años. Este quedó consignado al examinar las declaraciones de los señores Emilio Mariño, Juan Mata Niño, Narciso y Josué Torres Meléndez, relativas al ejercicio del cargo de oficial primero de la dirección de estadística de Tundama durante los años de 1907 a 1909.

Por lo que hace a la cuantía de la pensión, es procedente la que fija el demandante, porque el último sueldo devengado por el actor Jaime fue de \$ 110, y le corresponde por tanto \$ 55 mensuales, conforme lo prescribe el artículo 2º de la ley 29 de 1905. Finalmente, en cuanto a la fecha inicial para el pago de la pensión,

se reitera ahora la siguiente doctrina sentada sobre el particular en varias decisiones de esta misma Sala: "En concepto de la Sala, la pensión debe pagarse desde la fecha de la presentación de la demanda y no desde la de la sentencia, porque ésta no crea el derecho sino que se limita a reconocerlo. Es justo reconocer al demandante la gracia desde que él se dirigió a la autoridad competente para hacer efectivo su derecho, mediante el cumplimiento de las formalidades y requisitos exigidos por la ley. No existe ninguna disposición legal que reglamente lo relativo a la fecha en que debe empezar el pago de las pensiones, con excepción de los sueldos de retiro de los militares, que deben pagar desde el día en que se produce la novedad de la baja. Pero el artículo 421 del C. C. dice que los alimentos se deben desde la primera demanda, disposición que es aplicable por analogía, ya que la pensión viene a ser una gracia que concede el Estado para la subsistencia del empleado que carece de bienes de fortuna".

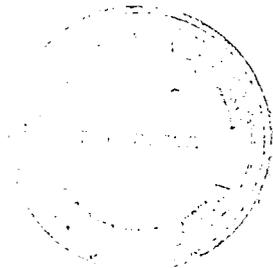
IV. Sentencia. A mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **Revoca** la sentencia de primera instancia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, y en su lugar falla este negocio así:

Decrétase a favor del señor Lisandro Jaime, vecino de la ciudad de Tunja, una pensión de jubilación de cincuenta y cinco pesos (\$ 55.00) moneda corriente, en forma mensual y con carácter vitalicio, por sus servicios al Estado como empleado civil durante treinta (30) años, que le será pagada por el Tesoro Nacional desde el día treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos treinta y ocho (1938) en que fue presentado el libelo de demanda ante el Tribunal de primera instancia. La pensión que por medio de este fallo se reconoce al beneficiario, queda sujeta a

la pérdida y suspensión de conformidad con las leyes. Copia de esta sentencia será enviada a los señores Ministros de Gobierno y de Hacienda y Crédito Público y al señor Contralor General de la República.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.,

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppad.



EXCEPCIONES — FIANZA DE MANEJO

La fijación de la cuantía de la fianza no puede tener por objeto limitar la responsabilidad del fiador, en caso de que resulte algún alcance contra el fiado. Esa fijación no reza ni puede rezar con el caso que se haya previsto de que el fiador se obligue a pagar cualquiera otra cantidad que se deduzca contra su fiado, pues en ese caso aquél debe responder por cualquier alcance que resulte en contra de éste. La fijación de la cuantía de la fianza obedece a la necesidad de calificar la solvencia del fiador, el que debe ser, conforme al artículo 2376 del C. C., persona capaz de obligarse como tal y que tenga bienes más que suficientes para hacer efectiva la caución.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, febrero trece de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Juan A. Donado V.)

El Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá en dos autos de fecha 29 de noviembre de 1939 libró órdenes de pago por la vía ejecutiva contra los señores Juan de Dios Fernández, Aniceto Celis G. y Gabriel Sarmiento, el primero como deudor principal y los dos últimos como fiadores, a favor de la Nación y por la cantidad de \$ 1,850.80 en total.

Sirvieron de fundamento para el recaudo los tres autos de fenecimiento del 30 de julio de 1938, números 196, 197 y 198, por alcance de \$ 822.98, \$ 145.78, y \$ 882.04, respectivamente, deducidos al responsable señor Juan de Dios Fernán-

dez, en su carácter de Recaudador de Hacienda Nacional de Melgar.

En tiempo oportuno los fiadores ejecutados señores Celis y Sarmiento, por medio de apoderado, presentaron un pliego de excepciones. Tramitado el incidente en legal forma, se procede a resolverlo mediante las siguientes consideraciones:

Excepciones propuestas: Carencia de causa, en todo o en parte de lo cobrado a los fiadores; cobro de más de lo debido; y cualquier otro hecho que resulte demostrado y que constituya exención perentoria.

Primera excepción.—El primer medio de defensa que se acaba de enunciar la funda el excepcionante “en lo que dispone el artículo 2364 del C. C. en armonía con lo que preceptúa el artículo 2373, ibídem, según los cuales, la obligación afianzada puede ser civil o natural; pero no puede afianzarse ni la responsabilidad de un fiador puede garantizar las consecuencias de un delito antes de cometerse. Según el último artículo citado la fianza no se presume y ha de limitarse a lo expresamente pactado”.

Los fiadores excepcionantes pretenden que el contrato de fianza que suscribieron a favor de la Nación para responder del manejo del señor Juan de Dios Fernández como Recaudador de Hacienda Nacional no puede extenderse a la responsabilidad por los delitos que dicho señor cometa. Claro está: la responsabilidad penal es personalísima pero de la obligación civil que pese sobre el fiado, aunque sea consecuencia de un hecho delictuoso, sí responde el fiador, ya que los términos en que está concebido el contrato de fianza no permiten ningún distingo al respecto. Despréndese de ese contrato el derecho de la Nación a exigir a los fia-

dores el cumplimiento de la obligación a cargo del fiado, proveniente de alcances deducidos por la entidad competente en un juicio de cuentas en que el responsable ha podido descargarse de las glosas que creyera injustas o ilegales.

En su alegato de conclusión, el apoderado de los excepcionantes trata de sostener el medio de defensa que acaba de analizarse, pero se advierte que quiere ampliarse esta excepción con hechos no alegados en el respectivo pliego. Tales hechos no serán considerados por la razón legal de que los excepcionantes no pueden presentar excepciones sino una sola vez. Por otra parte, los hechos excepcionales que tengan por fin reducir el alcance deducido pudieron alegarse ante la jurisdicción contenciosa administrativa, la competente para ello, y aun pueden alegarse ya que las sentencias en juicios de cuentas dictadas en ejercicio de la jurisdicción administrativa no hacen tránsito a cosa juzgada.

Acerca de la excepción en examen, el señor representante del Ministerio Público expresa lo que sigue, que la Corte acogió:

“Para la prueba de este punto se ha traído a los autos copia auténtica de algunas piezas que obran en la causa seguida contra Juan de Dios Fernández por los delitos de estafa y engaño, causa cuyo fallo aún está pendiente.

“I. En cuanto al primero de dichos autos de fenecimiento, se trata de demostrar que hubo un exceso de treinta pesos (\$ 30.00) en el alcance declarado, suma aquella que corresponde a la omisión de ‘la firma de un guardalínea de telégrafos, en la nómina del mes de diciembre’”. De ahí se concluye que la Nación carece de derecho para reclamar esa suma, puesto que, habiendo sido pagada por un servicio que se le prestó, no aparece la causa para que se declarara el alcance consiguiente.

“Es principio elemental el de que, en derecho, no basta alegar un hecho para recabar su efectividad, sino que se hace imprescindible probarlo. De ahí que no

tenga ningún valor la afirmación anterior sobre carencia de causa para cobrar aduciendo simplemente que la suma discutida se pagó ‘por un servicio prestado a la Nación’. No aparece de autos la prueba de la prestación de dicho servicio. Además, es lo cierto que el interesado debió producir, para este caso, la prueba de que la entidad liquidadora — Auditoría Fiscal del Tolima — procedió ilegalmente al decretar ese alcance tomando como base para él la omisión de la firma de que se ha hecho mención. No se ha presentado dicha prueba, y, por tanto, no se ha desvirtuado el alcance por ese concepto.

“II. Nada se dice, ni se ha producido prueba alguna, tendiente a impugnar el auto de fenecimiento número 197.

“III. En cuanto al tercer auto de fenecimiento — número 198 — en su alegato el apoderado de la parte demandada argumenta que el alcance respectivo ‘dice relación a cantidades para las cuales no existe el vínculo jurídico de que se habló — relación legal de acreedor a deudor — entre la Nación y los fiadores ejecutados’. Y añade: ‘En efecto, todas estas cantidades representan puras y simples estafas realizadas a particulares por don Juan de Dios Fernández, personaje célebre a quien por tales hechos está (sic) llamado a juicio criminal como estafador y falsario, según se comprueba con las respectivas piezas que obran a los folios 42 a 51 del cuaderno 5’.

“No niega la Procuraduría que tales piezas tiendan a demostrar que las sumas en cuestión no correspondían al Tesoro Nacional sino al patrimonio de algunos individuos particulares, y que, por tal virtud, no aparecería ‘el vínculo jurídico o sea la relación de acreedor a deudor’ entre la Nación y el ejecutado. De ahí que se pudiera afirmar que ‘la causa de la obligación demandada, en lo que a estas cantidades se refiere, brilla por su ausencia’.

“Mas es lo cierto que no se puede dar a tales piezas el valor absoluto de prueba que se pretende, pues ellas, lejos de per-

tener al juicio de cuentas que dio lugar al fenecimiento con alcance que sustenta esta ejecución, son piezas que obran en un **juicio criminal cuyo fallo definitivo aún no se ha pronunciado**, situación ésta en que, como es obvio concluir, no debe inmiscuirse el juzgador en lo civil, cuya inconsulta intervención — caso de proseguirla — bien podría acarrear resultados conflictivos y perjudiciales”.

Segunda excepción: Cobro de más de lo debido. Los fiadores ejecutados la hacen consistir “en que, de acuerdo con el contrato de fianza que consta en el documento que obra en autos, sólo se obligó cada uno de mis poderdantes nombrados al pago de la cantidad de cuatrocientos pesos (\$ 400.00) y la obligación no puede ir más allá de lo pactado”.

En el contrato de fianza otorgado por el señor Juan de Dios Fernández se lee la siguiente cláusula:

“Para garantizar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones expresadas, doy como mis fiadores solidarios y mancomunados conmigo a favor de la Nación a los señores Aniceto Celis G. Gabriel Sarmiento, mayores de edad y vecinos de Melgar, quienes declaran que se obligan conmigo como queda dicho, así como al pago de la cantidad de cuatrocientos pesos (\$ 400.00) moneda corriente cada uno, **fijada como cuantía de la presente fianza y de cualquier otra cantidad que se deduzca a mi cargo** (subraya la Sala), para lo cual renuncian expresamente al beneficio de excusión, haciendo constar que también se obligan conmigo, en las mismas condiciones, a responder por el manejo de la persona que quede encargada de desempeñar la oficina bajo mi responsabilidad en el caso de obtener alguna licencia para separarme del empleo, y en conformidad con lo estatuido por el artículo 297 del Código Político y Municipal”.

La fijación de la cuantía de la fianza administrativa que deben otorgar los empleados de manejo no tiene el alcance que pretende el excepcionante. Precisamente el objetivo de la caución, su finalidad es

garantizar la responsabilidad que se pueda deducir al principal obligado por los alcances que resulten en su contra. Y con la interpretación que se pretende dar a la cláusula transcrita, no se lograría aquel importantísimo objetivo. Resultaría, además, sin sentido y hasta en contradicción con la fijación de la cuantía, la parte de la cláusula prenombrada en que el fiador se obliga al pago de cualquier otra cantidad que se deduzca en contra de su fiado. Ahora bien, de acuerdo con conocido principio de hermenéutica, de dos interpretaciones, una que deje sin efecto parte de una cláusula, y otra que sí se lo haga producir, debe preferirse la última. Aplicando esa norma en el presente caso tenemos: la fijación de la cuantía no tiene, no puede tener por objeto limitar la responsabilidad del fiador, en caso de que resulte algún alcance contra el fiado. Esa fijación no reza, no puede rezar, con tal alcance, puesto que para el caso está previsto en la cláusula copiada, que el fiador se obliga a pagar cualquier otra cantidad que se deduzca a cargo de su fiado, vale decir, cualquier alcance que resulte en contra del mismo. La fijación de la cuantía de la fianza obedece a la necesidad de calificar la solvencia del fiador, el que debe ser conforme al artículo 2376 del Código Civil, persona capaz de obligarse como tal y que tenga bienes más que suficientes para hacer efectiva la caución. Si se fija la cuantía de la fianza en cuatrocientos pesos y se firma el contrato correspondiente es porque el interesado acompañó el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, exigido en estos casos, del que debe resultar que el fiador es propietario de inmueble que vale más de la suma fijada como cuantía. Otra finalidad, de alcance puramente fiscal, tiene la determinación de la cuantía de la fianza: el pago del impuesto de timbre nacional. Explicada así la parte de la cláusula que se refiere a la fijación de la cuantía de la fianza, la otra, la que hace responsable al fiador de cualquier otra cantidad que se deduzca en su contra, no queda ocio-

sa, por el contrario, se destaca con la categoría de importantísima, de algo que mira a lo sustancial.

En lo que respecta a la excepción inominada, esta Sala de la Corte tiene reiterada jurisprudencia en el sentido de que no puede admitirse en los juicios ejecutivos, en los que todo medio de defensa por vía exceptiva, debe estar apoyado en hechos que deben presentarse con toda claridad desde el principio, es decir, desde que se presenta el pliego de excepciones.

Por todo lo expuesto, la Corte Supre-

ma de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara infundadas las excepciones propuestas, y consecuentemente dispone que siga adelante la ejecución.

Notifíquese, publíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Secretario.

INDEMNIZACION EN CASO DE EXPROPIACION. — COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO DE ESAS ACCIONES.

Las indemnizaciones que pueden decretar las corporaciones de lo contencioso-administrativo, al tenor de la Ley 38 de 1918, no son por toda expropiación o daño; no se comprenden allí las resorte del Poder Judicial, a las que se refiere el artículo 5º del Acto Legislativo número 3 de 1910, sino las expropiaciones y daños diferentes de esas, ordenadas o ejecutadas por autoridades administrativas sin fundamento en la ley y que la nación, el departamento, o el municipio deben indemnizar en cuanto redunden en provecho de cualquiera de ellos; se desprende que de éstas se trata en la Ley 38 citada, porque antes de expedirla no había ley especial que reconociera derecho a indemnización por esta clase de actos.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, febrero catorce de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Con referencia al juicio ordinario promovido por Anatolio y Régulo Alvarez contra la nación, y especialmente al recurso de apelación interpuesto por ellos contra el auto de fecha 6 de junio del año próximo pasado, la Sala considera:

En la providencia apelada el tribunal del distrito judicial de Pamplona que está conociendo del juicio en primera instancia declaró nulo todo lo actuado por incompetencia de jurisdicción, por tratarse de una acción sometida al conocien-

to privativo del Consejo de Estado, de acuerdo con la Ley 38 de 1918.

En el referido juicio ordinario los citados Alvarez demandan a la nación para que sea condenada a pagarles los perjuicios que les ha causado por la construcción del ferrocarril de Cúcuta a Pamplona, sector de la Esmeralda hacia el sur, atravesando los predios denominados "Batatas y Bataticas" y "La Donjuana", de propiedad de los actores.

Los perjuicios hácenlos derivar de que la nación, mediante contrato celebrado con la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta S. A., atravesó los predios mencionados con la construcción y obras respectivas, sin que mediara previa indemnización, etc.; la zona ocupada por la plataforma tiene una extensión considerable, y fuera de ello los inmuebles sufrieron considerables pérdidas por consecuencia de derrumbes, movimiento de tierras, tránsito de peones, otras ocupaciones necesarias para los trabajos y acarreo de materiales para las fincas; los servicios de regadío y acueducto en la parte denominada "La Donjuana" en una extensión de varios metros, quedaron interrumpidos; los lotes denominados "Caliche y Batatas", quedaron privados, también por consecuencia de la obra del servicio de abrevadero en el río Pamplonita; fueron destruidas bastantes extensiones de cercas divisorias, así como el costado occidental de la antigua casa de posada de "La Donjuana"; por último la comodidad de la finca y su consiguiente valor como riberana del río Pamplonita, se perdieron en la parte superior del inmueble, por la interposición de la línea férrea.

Los artículos 1º y 2º de la Ley 38 de 1918 disponen lo siguiente:

“Artículo 1º De las expropiaciones, así como de los daños en propiedad ajena, por órdenes o providencias administrativas nacionales, fuera del caso previsto en el artículo 33 de la Constitución, será responsable la nación cuando haya redundado en provecho suyo.

“Artículo 2º El Consejo de Estado conocerá de las reclamaciones que se intenten contra la nación por los hechos de que trata el artículo anterior”.

El tribunal basado en las disposiciones transcritas sostiene la incompetencia de la justicia ordinaria para desatar el litigio propuesto; dice:

“En el caso presente, se tiene, que el gobierno nacional y la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta, celebraron un contrato en la ciudad de Bogotá, para la construcción del ferrocarril ‘que partiendo de La Esmeralda, punto terminal del ferrocarril del sur que ha construído la compañía en la línea de Cúcuta hacia Pamplona, vaya en su prolongación luégo a buscar uno de los ferrocarriles de Boyacá a Santander’” (Diario Oficial Nº 20067), y entre las obligaciones que contrajo la nación está, de acuerdo con ese contrato, el pago a los particulares por concepto de expropiaciones de las zonas de terreno necesarias para la vía y sus anexidades.

“Como, según los demandantes, a éstos no se les indemnizó previamente el valor de los terrenos que ocupó el ferrocarril ni los perjuicios ocasionados por la construcción, es claro que el cobro de esos perjuicios todos, debe hacerse es acudiendo ante el Consejo de Estado y no ante este Tribunal”.

Para la Corte el aserto anterior del Tribunal es exacto, y para demostrarlo nada más concluyente que los siguientes párrafos de la vista fiscal del señor procurador delegado en lo civil, en la que termina pidiendo a la Sala que confirme el auto apelado:

“En la materia de la ‘expropiación’ —tal como aparece en el caso de autos— hay que distinguir dos problemas diferentes, así: la expropiación de jure y la expropiación de facto.

“En la primera —expropiación de jure— mediante el lleno de formalidades constitucionales y legales, la autoridad administrativa correspondiente toma la iniciativa y decreta la expropiación. Más viene luégo el juicio respectivo, de carácter civil, el cual termina con la consiguiente sentencia judicial que obra la transferencia del bien, objeto de la acción, de un patrimonio privado a un patrimonio de derecho público. A pesar, pues, de que hay allí una enajenación forzosa, es lo cierto que el problema se ha controvertido en un plano de derecho privado. Tal el sentido del juicio civil de expropiación.

“En el segundo —expropiación de facto— la autoridad administrativa no se limita a decretar dicha medida sino que procede a ejecutarla, pretermitiendo así —en un alarde de abuso del poder— el juicio civil normativo. Hay allí una actuación meramente administrativa, de hecho, cuyas consecuencias, al controvertirse, son del resorte de la justicia contencioso-administrativa, al tenor de básicos principios jurisdiccionales de nuestra legislación.

“De acuerdo con tal orden de ideas, el artículo 1º de la Ley 38 de 1918, atribuye al Consejo de Estado el conocimiento de las controversias que se susciten como consecuencia de ‘las expropiaciones por órdenes o providencias administrativas nacionales’. También habla el artículo de ‘los daños en propiedad ajena’. Valga la descomposición, en sus dos partes, de dicha disposición, en beneficio de una mayor claridad.

“Es éste precisamente el caso del proceso que se estudia —expropiación de facto ‘por órdenes administrativas nacionales—’ y, por tanto, es jurídico el fallo del Tribunal al respecto”.

Además conforme lo sostiene el tribunal el Consejo de Estado y esta misma Corte ya interpretaron en el sentido expuesto el alcance de las disposiciones de la Ley 38. En la sentencia del primero de fecha 15 de noviembre de 1939, publicada en los anales de la misma corporación,

número 284 a 286, página 773 del tomo XXXIX se lee:

“Al hablar aquellas disposiciones de expropiaciones se hace indispensable establecer la diferencia que existe entre las expropiaciones propiamente dichas, que son del resorte exclusivo del Organó Judicial, y las expropiaciones de que pueden conocer los Tribunales Administrativos.

“De acuerdo con la Constitución nacional: ‘..... por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa.....’, si fuere el caso.

“En armonía con el precepto anterior, por expropiación debe entenderse la enajenación forzosa que, por los motivos anotados, demandan del Organó Judicial las entidades de derecho público.

“Estas expropiaciones están reguladas por un procedimiento especial que tiene por objeto acreditar o la utilidad pública o el interés social; que estos motivos han sido definidos por el legislador y el monto de la indemnización, si hay lugar a ella. Para que se opere tal expropiación es requisito indispensable la sentencia judicial.

“En cambio las expropiaciones de que tratan las disposiciones transcritas son las que resultan de la ejecución, por empleados administrativos, de actos o providencias igualmente administrativos y que sólo dan derecho a indemnización en cuanto son provechosas para quien las ejecuta.

“La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 27 de junio de 1923, dijo: ‘Las indemnizaciones que pueden decretar las corporaciones de lo contencioso-administrativo, al tenor de la Ley 38 de 1918, no son por toda expropiación o daño; no se comprenden allí las del resorte del Poder Judicial (a las que se refiere el artículo 5º del Acto Legislativo número 3 de 1910), sino las expropiaciones y daños diferentes de esas, ordenadas o ejecutadas por autoridades administrativas sin fundamento en la ley y que la nación, el

departamento o el municipio deben indemnizar en cuanto redunden en provecho de cualquiera de ellos; y se desprende que de éstas se trata en la Ley 38 citada, porque antes de expedirla no había ley especial que reconociera derecho a indemnización por esta clase de actos”.

Pero alega el apoderado de los actores para sustentar el recurso que en el presente caso “se trata de controversia nacida para terceros, de un contrato en que ha tenido parte la nación y en la cual se ventilan cuestiones de mero derecho privado. Al tenor de la Ley 38 de 1924 y del contrato en virtud del cual se perfeccionó o tomó realidad, ‘el gobierno contrató por administración delegada la construcción y administración de la línea (a que se refiere este juicio) con la actual Compañía del Ferrocarril de Cúcuta”.

De consiguiente, agrega el recurrente, “una de las pautas para la interpretación de los derechos que se discuten, es un contrato en que tiene parte la nación; la litis está pendiente exclusivamente acerca de cuestiones de mero derecho privado”.

Además “la controversia no tiene origen en ningún acto, resolución ni providencia administrativa”.

Se contesta:

Para determinar la jurisdicción en el presente caso, carece de toda influencia el contrato que la nación celebrara con la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta, para la construcción de la obra, porque de los términos de la demanda, que es la que fija el contenido de la acción, se infiere que la compañía ocupó las zonas y adelantó los trabajos por orden y cuenta de la nación, entidad que se señala como autora y responsable de los daños y a la cual se le cobran las respectivas indemnizaciones con ese carácter y además como dueña y usufructuaria de los trabajos dichos. Así el contrato de construcción para nada juega en la definición de la controversia, ni nada tiene qué ver en el examen de las relaciones jurídicas del demandante con el demandado, desde que

se acepta que la compañía ejecutó las obras en provecho directo de aquella.

Contra la segunda objeción de que la controversia no tiene origen en ningún acto administrativo, cabe advertir que desde que los daños se ocasionaron, según dice la demanda, por órdenes emanadas de la nación, esas órdenes, verbales o escritas, tienen el alcance de actos administrativos, originados en empleados públicos que pretenden cumplir una gestión oficial, en desarrollo de lo que tales funcionarios estiman como el ejercicio de una función pública que les está encomendada.

Por lo expuesto se concluye que es de

rigor confirmar el auto apelado en razón de su legalidad. Y por ello la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la resolución apelada dictada en este negocio por el Tribunal Superior de Pamplona el seis de junio del año próximo pasado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Secretario.

SOCIEDADES EXTRANJERAS EXPLOTADORAS DE PETROLEOS. — IMPUESTOS QUE DEBEN PAGAR. — EXCEPCION DE PETICION ANTES DE TIEMPO.

1.—Toda sociedad que surge a la vida económica de Colombia en virtud de un acto jurídico que debe registrarse está sujeta al gravamen de un impuesto de veinte 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, lo que rige también para las sociedades extranjeras explotadoras de petróleos que constituyen sucursales en el país, las cuales constituyen una nueva entidad por el hecho del establecimiento de la sucursal en Colombia. Cuando estas sucursales aumentan su capital deben pagar el impuesto establecido en el numeral 11 del artículo 1º de la citada ley. Si una sociedad colombiana del tipo común está sujeta a dicho gravamen, no hay razón para que una sucursal de casa extranjera de las que trata el artículo 8º de la Ley 37 de 1931 quede exenta del impuesto que grave el aumento del capital social. Si la entidad extranjera aumentó su capital social y tal acto jurídico no se verificó con mira de obtener resultados prácticos en Colombia, no se ve el motivo para que tal entidad hiciera constar en el país ese hecho por actos que deban registrarse. Si hizo constar en Colombia ese aumento de capital social, alguna finalidad persigue tendiente a que ese aumento produzca los efectos señalados, y puesto que tal aumento queda bajo la protección del Estado colombiano, justo es que por esa modificación se paguen los impuestos correspondientes.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, febrero diez y ocho de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Juan A. Donado V.).

Para dar cumplimiento al artículo 8º de la Ley 37 de 1931, la Colombian Petroleum Company, sociedad anónima organizada de acuerdo con las leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos de América, constituyó una sucursal en la ciudad de Bogotá, según consta en la escritura pública número 830 del 5 de agosto de 1931, de la Notaría Tercera de esta ciudad. Y según consta en la escritura número 854 del 1º de junio de 1933 de la misma notaría, dicha sociedad aumentó su capital social de \$ 5.000.000 (dólares) a \$ 10.000.000 (dólares). Estos actos motivaron la Resolución número 47 del 11 de junio de 1938 de la Sindicatura General de los Establecimientos de Beneficencia de Cundinamarca, por la cual, la sección respectiva de recaudación del impuesto de registro y anotación, resolvió principalmente: "Cóbrese a la sociedad colombiana Colombian Petroleum Company, domiciliada en esta ciudad, las siguientes cantidades, por valor del Impuesto de Registro y Anotación, no pagado sobre la constitución de dicha compañía y sobre el aumento de capital de la misma, así: por constitución de la sociedad, con capital de \$ 5.000.000 de dólares, o sean \$ 9.159.500 moneda corriente, la cantidad de \$ 18.319.00. Por aumento de capital de dicha sociedad, de \$ 5.000.000 de dólares, o sean \$ 9.159.500. moneda corriente, la cantidad de \$ 18.319.00".

Con apoyo en esta resolución, el Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, en auto del 16 de septiembre de 1938, libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor del Departamento de Cundinamarca y a cargo de la Colombian Petroleum Company, por el monto total del impuesto de registro referido, más sus accesorios.

Oportunamente el apoderado de la sociedad demandada presentó un escrito de excepciones; el incidente respectivo fue resuelto en primera instancia en sentencia desfavorable al excepcionante, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Por apelación de este fallo ha subido el negocio a la Corte, donde se le ha dado la tramitación de rigor, y se procede a resolver la alzada, mediante las siguientes consideraciones:

Sostiene el excepcionante que "no existe la obligación a cargo de las compañías petroleras constituídas fuera del país como la Colombian Petroleum Company, de pagar por la escritura de establecimiento o constitución de la sucursal que exige el artículo 8º de la Ley 37 de 1931, el impuesto de registro del dos por mil que la Ley 52 de 1920 establece sobre el capital de las sociedades que se constituyan en Colombia". Y refuerza su aseveración en los siguientes términos:

"Lo que el mencionado aparte del artículo 1º de la Ley 52 grava con el dos por mil del capital social es la escritura de asociación, es decir, el acto o documento que crea, que da origen, que hace nacer o por el cual se constituye la sociedad; no el documento en que se haga constar el establecimiento de un nuevo domicilio, en lugar nacional o extranjero, para una sociedad ya existente. El establecimiento de sucursal de una sociedad implica, necesariamente, la existencia de la misma sociedad, el otorgamiento, en Colombia o en el exterior, de la escritura de asociación. No se puede establecer sucursal de una sociedad que no existe.

"El establecimiento de la sucursal en Bogotá, en los términos del artículo 8º de la Ley 37, podría implicar, a lo sumo,

una modificación de los estatutos de la compañía, una reforma del contrato social, que no dice relación al capital ni a la duración de la sociedad. Si esa reforma se hace constar en escritura pública que se registre en Colombia, tal escritura debe pagar, cuando más, por impuesto de registro, los dos pesos de que habla el aparte m) del artículo 1º de la Ley 52. Es como si una sociedad constituida en Colombia, con domicilio en Bogotá, decidiera establecer una sucursal domiciliada en Medellín; el acuerdo reformativo de los estatutos sobre constitución de ese nuevo domicilio se elevaría a escritura pública pagando dos pesos por impuesto de registro de esa escritura; a nadie se le ocurrió sostener que el establecimiento de la sucursal, en este caso, hubiera de pagar el dos por mil sobre el capital social como si se tratara del otorgamiento de la escritura de asociación; es que no se trata de constituir una sociedad nueva, de celebrar un nuevo contrato, sino de dar un nuevo domicilio a una entidad ya existente".

Sobre la anterior argumentación del excepcionante, cabe repetir aquí lo que en fallo del 29 de agosto de 1940, dijo esta Sala en negocios de la misma índole:

"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 Heinscheimer, 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 constituir 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, 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 petróleos, deberán constituir 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 com-

pañía extranjera del tipo común no es considerada casa colombiana ni para los efectos nacionales ni para los internacionales, y puede establecerse sin sujeción 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 de todos los colombianos, de la protección del Estado y que disfruta y 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 coactiva, 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 veinte centavos por cada \$ 100, 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 estatuir 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 contribuir como éstos al pago de los tributos fijados por el Estado para su sostenimiento, y para la prestación eficaz de los servicios públicos.

".....
"Presenta el excepcionante la hipótesis de que una sociedad colombiana, es decir

constituída en Colombia, abra su domicilio principal en Bogotá; que luégo establezca una sucursal en otra ciudad de Colombia, y que para establecerla, aunque no esté obligado a ello, otorgue escritura pública. Pregunta: estará obligada a pagar nuevamente el impuesto que ya sufragó por la suscripción de su capital? 'Claro que no', responde el mismo exceptante, y la Sala no vacila en compartir ese parecer; pero 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".

Otro hecho exceptivo que hace valer la entidad ejecutada es el contenido en este aparte del respectivo memorial:

"No existe la obligación, a cargo de la Colombian Petroleum Company, de pagar por el aumento de su capital el impuesto de registro del dos por mil que la Ley 52 de 1920 establece sobre el instrumento en que se consigne ese aumento cuando se trata de compañías constituídas en Colombia. Porque la Colombian Petroleum Company pagó en su país de origen el impuesto vigente allá para ese aumento de capital, y cobrárselo aquí implicaría una doble imposición; porque el documento en que se hizo constar ese aumento, otorgado en los Estados Unidos, se protocolizó en Colombia, pero no se registró ni era el caso de registrarlo aquí, ya que ninguna disposición legal lo ordena; porque el Poder Ejecutivo, al declarar cumplidos por parte de la Colombian Petroleum Company, por Resolución número 13 de fecha 4 de septiembre de 1933 los requisitos legales en relación con el aumento de capital, interpretó las disposiciones que establecen esos requisitos, en forma auténtica, en el sentido de que no era el

caso de registrar el documento ni de pagar el impuesto".

En lo transcrito se destacan dos puntos principales: uno se refiere al impuesto de registro por el aumento de capital de la entidad ejecutada, y el otro a la Resolución del gobierno sobre el cumplimiento de determinados requisitos legales sobre dicho aumento.

Sobre el primer punto se observa lo siguiente:

Si, como quedó establecido por la Corte, se crea una nueva entidad con la constitución de una sucursal colombiana por parte de una compañía extranjera que se propone negociar en petróleos en Colombia, el aumento de capital de dicha sucursal, como entidad colombiana que es, está sujeto al gravamen impuesto en el artículo 1º numeral 11), de la Ley 25 de 1920. Tal aumento de capital está probablemente encaminado a acrecentar el poderío económico de la empresa, a hacer más firme su crédito, a respaldar con mayor fuerza su responsabilidad y con la perspectiva de tener mayores éxitos en la gestión de concesiones petrolíficas. Si una sociedad colombiana del tipo común está sujeta a dicho gravamen, no hay razón para que una sucursal de casa extranjera de las que trata el artículo 8º de la Ley 37 de 1931, quede exenta del impuesto que grave el aumento del capital social. Si la entidad extranjera aumentó su capital y tal acto jurídico no se verificó con mira de obtener resultados prácticos en Colombia, no se ve el motivo para que tal entidad hiciera constar en el país ese hecho por actos que deban registrarse. Si, pues, la Colombian Petroleum Company hizo constar en Colombia ese aumento del capital social, alguna finalidad persigue tendiente a que ese aumento produzca los efectos ya señalados, y puesto que tal aumento queda bajo la protección del Estado colombiano, justo es que por esa modificación se paguen los impuestos correspondientes.

Ni vale arguir que la referida empresa pagó en su país de origen el impuesto vigente allá por el anterior concepto: los

impuestos causados en Colombia se cobran de acuerdo con la ley colombiana, independientemente de leyes extranjeras, sin subordinación a ellas. No es, pues, pertinente hablar de doble imposición.

Por último, la Resolución número 13 a que alude el excepcionante y por la cual el gobierno declaró cumplidos por parte de la Colombian Petroleum Company los requisitos legales en relación con el aumento de capital, no tiene el alcance que le quiere dar el apoderado de la entidad ejecutada. El pago de impuestos no entra entre los requisitos que debe declarar cumplidos el gobierno, al tenor del artículo 8º de la Ley 37 de 1931; en lo que respecta especialmente al impuesto que se cobra en el presente caso, conviene advertir que el gobierno nacional es ajeno a su recaudación, no le corresponde en forma alguna intervenir en ella, porque, aunque tal impuesto es nacional, la renta es percibida por las entidades seccionales a virtud de la cesión hecha por la nación.

Como tercera excepción se enuncia ésta: "No existe la obligación, a cargo de la Colombian Petroleum Company, de pagar el impuesto mencionado, por razón de la exención que a favor de esa compañía establece la cláusula XIII del contrato con el gobierno aprobado por la Ley 80 de 1931. La compañía sostiene que en virtud de esa estipulación ella goza de una exención general de impuestos, que comprende el de registro, exención que se le otorgó contractualmente a cambio de otras prestaciones".

A su turno el ejecutante, cesionario del impuesto de registro y anotación, sostiene, en relación con la cláusula XIII cuestionada, que ya ha sido interpretada, en otros litigios, por la Corte, en el sentido de que la exención de que goza la firma concesionaria, a virtud de la prenombrada cláusula, no es de carácter general sino de orden fiscal singular, limitada a los gravámenes que tienen por objeto los materiales, maquinarias y elementos de trabajo de cualquier clase y el petróleo producido. Concluye el ejecutante que "No

hay, pues, tal exención contractual con respecto a este impuesto (el de registro), como tampoco puede arguirse que el caso en litis sea de igual naturaleza, esto es, que depende de la interpretación que por la justicia haya de darse al mencionado pacto.

Para la Sala la cláusula que se discute no es suficientemente clara. Habrá, pues, que interpretarla, que consultar su espíritu. Lo corrobora el hecho de que las partes están completamente desacordes en el modo de entenderla. Como no se ha traído a los autos la prueba de que la Corte se hubiese pronunciado en la forma que dice el personero de la parte demandante, no se tendrá en cuenta su afirmación.

La Sala de Negocios Generales no podría, sin quebrantar normas de competencia, entrar, para poner término a este incidente de excepciones, a fijar el verdadero sentido de la cláusula que motiva las encontradas opiniones. La interpretación que corresponda, debe hacerla la Corte, pero por medio de otro de sus órganos, de otra Sala. Habrá, pues, que esperar que por medio del órgano correspondiente de la Corte se desate la controversia que sostienen antagónicas tesis en relación con el impuesto que se trata de hacer efectivo. Desde este punto de vista, lo que resulta no es la inexistencia de la obligación, sino un cobro prematuro, lo que da base a otra excepción, la de petición antes de tiempo.

La excepción que se examina, presentada en tercer término, es la de inexistencia de la obligación, la misma distinguida con los numerales I y II, pero apoyada en hechos diversos. Se diferencia de la de petición antes de tiempo en que ésta tiene carácter temporal. Si se declara probada aquella, queda muerta definitivamente la acción ejecutiva; en tanto que por el hecho de declararse fundada la de petición antes de tiempo, la referida acción deja de existir apenas temporalmente; es decir, podrá promoverse nuevamente si, valga como ejemplo el caso presente, por la entidad a quien corresponde hacerlo se resuelve que la compañía de-

mandada no goza de una exención general de impuestos como se pretende con base en la cláusula XIII de que se ha hecho mérito. Con la excepción de inexistencia de la obligación se desconoce rotundamente el derecho que tenga el demandante a aquello que demanda. Con la otra, la de petición antes de tiempo, propiamente ni se reconoce ni se niega la existencia de la obligación. Se niega el derecho actual a exigirla, porque se la supone condicionada a un hecho posterior que no se ha cumplido.

La excepción de petición antes de tiempo, presentada como subsidiaria de las anteriores, la sustenta el excepcionante en los términos siguientes:

“Si no se aceptara la inexistencia de la obligación, por lo menos sería forzoso admitir que no ha nacido el derecho del departamento para hacer efectivo ejecutivamente el cobro, siendo por tanto prematuros e ineficaces así la acción ejecutiva como el mandamiento de pago, y prematuros también el reconocimiento y la liquidación que se han hecho. No se trata de una obligación “expresa, clara y exigible”; se trata de algo que es, cuando menos, discutible, de algo que el Estado no puede exigir sin que antes se defina el alcance de una estipulación contractual sinalagmática, cosa que requiere una decisión previa a falta de acuerdo entre las partes contratantes. Y esa decisión necesita un juicio ante la autoridad respectiva, que no es, no puede ser, un Recaudador de Rentas ni un Juez de Ejecuciones Fiscales. La interpretación de un contrato de esta naturaleza sólo se puede hacer por la Corte Suprema de Justicia, como claramente lo establece el mismo artículo 8º de la ley 37 de 1931”.

Al referirse a esta excepción dice el Tribunal:

“La excepción subsidiaria del numeral IV, relativa a que la ejecución sería prematura porque habría sido necesario antes que la Corte hubiera definido si la Cía. (sic) está o no obligada a pagar los impuestos, es hecho inadmisibles porque la facultad privativa que tiene la Corte

para decidir dudas, se refiere es a los pasajes oscuros de los contratos mismos de concesión; o cualquiera interpretación de él. Aquí no se trata de nada que tenga relación con ese contrato, sino de cobrar impuestos coetáneos al surgimiento de la Cía. extranjera en Colombia. Es específica la argumentación al respecto y desquiciada. Está fuera de lugar porque el cobro que se hace no procede de la ejecución del contrato concesionario”.

La Sala no comparte la opinión del sentenciador de primera instancia expuesta en el párrafo transcrito. Estima, por el contrario, que sí se trata de algo que tiene relación con el contrato de concesión, como lo es el cobro de un impuesto, del que se cree exonerada la empresa demandada a virtud de una cláusula de dicho contrato, en completa disensión con el personero de la entidad demandante. Como no es aceptable la interpretación unilateral de la mentada cláusula hecha por el Departamento de Cundinamarca, cesionario de la Nación en el impuesto de registro y anotación, juez y parte a la vez, y, por otro lado, como ya se dijo, a juicio de la Sala de Negocios Generales, la cláusula en estudio no es suficientemente clara, resulta evidente que mientras la Corte, por medio de la Sala competente, no dirima la controversia suscitada sobre la interpretación de la cláusula XIII tantas veces mencionada (y hay que suponer que no lo ha hecho mientras no se traiga la prueba pertinente), la Nación no puede hacer efectivo a la compañía demandada el cobro del impuesto de que se trata. Se está, sin duda, en presencia de un procedimiento ejecutivo prematuro, y por lo mismo, la excepción de petición antes de tiempo debe prosperar.

Encontrándose fundada esta excepción, no hay para qué examinar las otras.

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 fallo apelado; proférico por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 15 de junio

de 1940, y en su lugar resuelve: Declárase fundada la excepción de petición antes de tiempo.

En consecuencia, suspéndase la prosecución de este juicio y desembárguense los bienes embargos si los hubiere.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta. — Manuel Pineda Garrido, Srío. en ppad.



INEXISTENCIA DEL TITULO EJECUTIVO

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, febrero veintisiete de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Juan A. Donado V.)

En el ejecutivo por jurisdicción coactiva que el Juzgado de Rentas Nacionales de Medellín adelanta contra la Frontino Gold Mines Limited para el cobro de la cantidad de \$ 75.981.88 por concepto de impuesto de residentes en el exterior, el personero del ejecutado propuso las excepciones que figuran en el libelo de 19 de julio de 1938, folio 2 del cuaderno número 3.

Surtidos los trámites de regla en la Corte, Sala de Negocios Generales, a la que compete el conocimiento del asunto, procede resolver lo que en justicia corresponde.

Entre las excepciones propuestas figura la distinguida con el número tercero que dice: "Nulidad del instrumento ejecutivo". Apenas se la enuncia: no se determina el hecho constitutivo de tal excepción; pero en el numeral décimo sexto de la demanda exceptiva se dice: "Nulidad de la resolución número 158 de 25 de noviembre de 1937, proferida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y nulidad de la resolución número 72 de 4 de abril de 1938, proferida por el mismo Ministerio".

En realidad de verdad tratase de la excepción de inexistencia del título ejecutivo; por tanto, para considerarla no importa que se le haya bautizado con otro nombre. Lo evidente es que si realmente son nulas las resoluciones de que se trata, el título ejecutivo no existe. Para que se tuviese en cuenta al fallar presentó el

apoderado de la compañía demandada, ya expirado el término probatorio del incidente exceptivo, una copia de la sentencia proferida por el Consejo de Estado con fecha 16 de febrero de 1940 (posterior a la en que expiró aquel término), por la cual se declara nula la resolución número 158 de fecha 25 de noviembre de 1937, y la número 72 de 4 de abril de 1938, ambas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, resoluciones que sirvieron de soporte al reconocimiento del empleado recaudador, y por ende, al mandamiento de pago.

Por no haber venido esa compulsas por el conducto regular, se presentó dudoso el punto de la nulidad alegada, y con el fin de aclararlo y de que no fuera a sacrificarse el derecho a la forma, la Sala, en auto para mejor proveer, dispuso que se pidiese al Supremo Administrativo una copia debidamente autenticada de la sentencia recaída a la demanda de nulidad de las resoluciones mencionadas. Vino la copia solicitada, y de ella resulta que efectivamente fueron anuladas las resoluciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público ya citadas, las que sirvieron de fundamento a la Administración Nacional de Medellín para dictar la resolución número 14 de 30 de junio de 1938, la que a su turno determinó el reconocimiento número 4 de la misma Administración de Hacienda.

Los motivos por los cuales el Consejo de Estado anuló las prenombradas resoluciones se expresan en el fallo así:

"Porque ninguna ley, decreto o resolución han dado al Ministerio de Hacienda facultad de fallar o sancionar en primera instancia las infracciones al régimen de control de cambios. Tales atribuciones, como ya queda dicho, correspondían an-

tes a la oficina de Control, luego a la Prefectura del Cuerpo Auxiliar del Organismo Judicial, y hoy corresponden a la Prefectura de Control. La única atribución que en esta materia tiene el Ministerio de Hacienda, es la de fallar en segunda instancia las apelaciones que en efecto devolutivo se concedan contra las providencias de los Prefectos, según lo expresa claramente el texto de las disposiciones citadas. Del mismo modo que en tratándose de infracciones al Código de Aduanas hay tribunales especiales encargados de instruir los sumarios e imponer las sanciones correspondientes y si se trata de infracciones al impuesto de patrimonio, renta y exceso de utilidades, hay también una oficina especial encargada de evitar los fraudes y de imponer las sanciones del caso, sin que el Ministerio de Hacienda tenga competencia para decidir o fallar sobre las controversias que ocurran en tales asuntos, del mismo modo en el caso de autos existe un organismo independiente creado con el fin de supervigilar el cumplimiento de las normas de control de cambio y sancionar a los infractores. Si así no fuera y si el Ministerio de Hacienda en el caso de estudio tuviera competencia para dictar las resoluciones acusadas, habría un verdadero caos en los procedimientos en materia tan delicada como la que se trata. Las normas procedimentales son de orden público tanto porque señalan y precisan la jurisdicción del funcionario y jueces como porque hacen viable el derecho".

En la resolución número 158 de 1937, confirmada por la número 72 de 1938, se dispuso: "Primero. Exigir a la Frontino Gold Mines Limited que cubra a la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia el impuesto de residentes sobre las cantidades que ha pagado en Londres por concepto de sueldos de sus empleados durante la vigencia de las disposiciones que crean y reglamentan el impuesto de residentes. Segundo: La Administración de Hacienda Nacional de Antioquia hará la liquidación con base en el acta de diligencia de inspección ocular,

de la cual se enviará copia con la presente resolución".

En el primer considerando de la Resolución del Administrador de Hacienda Nacional de Medellín se lee: "Que según el oficio número 32-15 de fecha 3 del mes que hoy termina y procedente de la Secretaría del Ministerio de Hacienda y Crédito Público fue comisionado para dar cumplimiento a las resoluciones número 158 de 25 de noviembre de 1937 y 72 de 4 de mayo último, dictadas por el señor Ministro de Hacienda".

Y el reconocimiento ya mencionado reza: "Se reconoce a favor de la Nación y a cargo de la Frontino Gold Mines Ltd. la cantidad de setenta y cinco mil novecientos ochenta y un pesos con ochenta y ocho centavos (\$ 75,981.88) que adeuda por concepto de impuesto de los residentes en el exterior causado sobre los giros efectuados durante los años de 1932, 1933, 1934, 1935, 1936 y 1937. La cantidad expresada se ha liquidado de conformidad con las Resoluciones 158 de 25 de noviembre de 1937 y 72 de 4 de abril del año en curso. La compañía debe además intereses al uno por ciento (1 %) mensual a partir del día de ayer (13) de julio de 1938, de conformidad con la Resolución número 14 de 30 de junio último".

Como se ve, el reconocimiento que ha servido de recaudo ejecutivo es una pieza cuya vida jurídica está vinculada a la existencia de las resoluciones ministeriales anuladas por el Consejo de Estado. Desaparecidas éstas, por la razón apuntada, forzosamente ha de quedar aquél sin eficacia jurídica, vale decir, no existe el título ejecutivo. Ahora, tanto para iniciar como para continuar el procedimiento de esta índole es indispensable que haya título ejecutivo. Desaparecido éste, como ocurre en el presente caso, el proceso queda sin base, y por consiguiente, tiene que terminar.

A primera vista pudiera creerse que no habiéndose dado en el lapso probatorio la prueba del hecho exceptivo en examen, hay que tenerlo por no probado; pero va-

ría el concepto si se considera que no hubo imposibilidad de dar esa prueba en el término probatorio, por haber acaecido la anulación de las resoluciones de que se viene hablando, con posterioridad a la fecha en que expiró dicho término. Otra cosa sería si pudiéndose dar la prueba del hecho exceptivo en la oportunidad legal, se hubiese dejado pasar ésta sin presentar aquélla, y se pretendiera aducirla extemporáneamente. En ese caso el exceptivo habría de sufrir las consecuencias de su descuido.

Pero, se dirá, si cuando venció el término probatorio aún no existía el hecho exceptivo, mal podía hacerse valer éste en el pliego de excepciones. Sólo fuerza aparente tiene la objeción. El hecho sí existía; las resoluciones de que se trata estaban afectadas de nulidad o eran nulas desde antes de que así se declarase por la entidad competente, de la misma manera que son nulos, v. gr., un testamento, una escritura otorgados con prescindencia de requisitos indispensables para su validez, aun antes de que se pronuncie la nulidad.

Sucedirá en este caso, como en el de la nulidad de las resoluciones ministeriales, que los actos nulos pueden producir efectos mientras por la autoridad competente no se pronuncie la nulidad. En el presente caso lo que no existía era la prueba, el fallo que fundara la afirmación del hecho exceptivo, nulidad de las resoluciones atacadas.

No siendo función de la Corte examinar esa nulidad para declararla, lo que se le presentaba con la excepción propuesta no era una simple cuestión de derecho, era un punto que debía pasar por el tamiz probatorio.

Cerrar los ojos a la realidad sería desconocer la existencia del hecho que se analiza, aducido como defensa exceptiva, a pretexto de que no se trajo en el término probatorio la prueba de ese mismo hecho, la que nació a la vida ya vencido dicho término.

El caso que se confronta es análogo al en que a un juez, en las mismas condiciones apuntadas, es decir, ya cerrado el debate probatorio, se le presentase copia debidamente autorizada de una escritura en la que constara el pago o una transacción. Absurdo sería suponer que, a pesar de la circunstancia anotada debía continuar la ejecución. Igualmente absurdo sería la pretensión de continuarlo en el caso subjudice, en el que se ha evidenciado un hecho incompatible con la prosecución del juicio. Fuerza, será, pues, dar por probada la excepción de inexistencia del título ejecutivo.

Conforme a la ley no hay para que examinar las otras excepciones.

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 inexistencia del título ejecutivo propuesta por la Frontino Gold Mines, Limited, en el presente juicio. En consecuencia se ordena cesar la ejecución y el desembargo de los bienes embargados si los hubiere.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio, en ppad.

EXCEPCION DE PETICION ANTES DE TIEMPO



Cuando hay diferencias entre los contratantes en un contrato celebrado con el Gobierno, acerca de las obligaciones del contratante o del Gobierno, o sobre la inteligencia del contrato, el Poder Judicial o los Tribunales de lo Contencioso-administrativo son los que deben resolver, en lo que les corresponda, sobre demandas en que se exija del contratista el cumplimiento de sus obligaciones al Gobierno. De esto se desprende que durante el tiempo en que esté pendiente la decisión definitiva de esas diferencias, el Juez de Ejecuciones Fiscales no puede ejecutar a la Compañía, porque aunque haya una partida de reconocimiento oficial de la deuda del contratista, se ignora si éste debe la cantidad reconocida, puesto que él sostiene que de acuerdo con lo estipulado no la debe.

suma del impuesto de registro que a la expresada sociedad correspondía pagar por haber establecido en Colombia una casa comercial para negocios de petróleo.

El Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales con ese reconocimiento libró mandamiento de pago contra la compañía por la suma mencionada. Ejecutoriada tal providencia y notificada a la entidad ejecutada, propuso éste un incidente de excepciones, en que invoca varias defensas, ninguna de las cuales fue aceptada por el tribunal competente, que es el de distrito judicial de Bogotá, entidad que en fallo de 31 de octubre de 1939 declaró no probadas las defensas del ejecutado.

Apelada esta resolución vino a la Corte el expediente para decidir el recurso, y la Sala con este fin procede a dictar la correspondiente sentencia.

Entre las varias defensas que alega en su favor la entidad demandada hay una que para la Corte es fundada, por cuyo motivo ella sola será motivo de estudio en este fallo, pues de acuerdo con el artículo 344 del C. J., si el juez encuentra probada una excepción perentoria no tiene obligación de estudiar las demás propuestas y alegadas.

Consiste la excepción en que según el ejecutado no ha nacido el derecho del Departamento para hacer efectivo ejecutivamente el cobro del impuesto de registro, siendo por tanto prematuros e ineficaces así la acción ejecutiva como el mandamiento de pago, y prematuros también el reconocimiento y la liquidación que se ha hecho. Para el ejecutado no se trata de una obligación expresa, clara y exigible; se trata cuando menos de algo que el Estado no puede exigir sin que antes se defina el alcance de una estipulación con-

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, febrero veintisiete de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El Recaudador de Impuestos de Registros y Anotación del Círculo de Bogotá, con base en lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto N° 66 de 1933 libró a cargo de The South American Gulf Oil Company, con casa o sucursal en esta ciudad, y a favor del Departamento de Cundinamarca, el reconocimiento que se encuentra al fl. 3 de este expediente, por la suma de \$ 91.60 m. c. y sus intereses desde que se causaron a deber hasta cuando se verifique el pago, proveniente dicha

tractual sinalagmática, cosa que requiere una decisión previa a falta de acuerdo entre las partes contratantes. Y esa decisión necesita un juicio ante la autoridad respectiva, que no es el Recaudador de Rentas ni un Juez de Ejecuciones Fiscales. La interpretación de un contrato de esta naturaleza sólo se puede hacer por la Corte Suprema de Justicia, como claramente lo establece el artículo 8º de la Ley 37 de 1931.

El ejecutado invoca como antecedentes doctrinarios en apoyo de la excepción, las sentencias de 19 de octubre de 1923 y 12 de abril de 1935, dictadas por esta misma Sala, sentencias en las cuales se dijo lo siguiente. En la primera:

“Por el contrario es indispensable que mientras haya diferencias entre los contratantes, sobre obligaciones del contratista o del Gobierno, o sobre la inteligencia del contrato, el Poder Judicial o los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo son los que deben resolver, en lo que les corresponda, sobre demandas en que se exija del contratista el cumplimiento de sus obligaciones al Gobierno, de acuerdo con la parte final de la cláusula mencionada. De lo cual se desprende que durante el tiempo en que esté pendiente la decisión definitiva de esas diferencias, el Juez de Ejecuciones Fiscales no puede ejecutar a la compañía, porque aunque haya una partida de reconocimiento oficial de deuda del contratista, se ignora si éste debe la cantidad reconocida, puesto que él sostiene que de acuerdo con lo estipulado no la debe”.

Y en la segunda sentencia dijo la Sala lo siguiente, comentando la doctrina anterior:

“Y esto es perfectamente racional, lógico y jurídico: Porque para la concreción del derecho de la Nación y la obligación correlativa de la compañía se requiere la interpretación de las estipulaciones del contrato, y esa interpretación no puede proceder del solo criterio de una de las partes para admitir que la deuda que se cobra existe, sin analizar ampliamente aquellas estipulaciones con anuencia ple-

na y completa de la otra parte, y sin que intervenga la decisión judicial correspondiente, dictada en juicio contradictorio y con la plenitud de sus formas. Ello equivaldría, de un lado, a que se interpretara y aun se modificara por una de las partes sin intervención de la otra; a violar la norma establecida en el artículo 1,602 del C. C., que es fiel trasunto del 26 de la Constitución, y a usurpar una atribución atribuida a otra autoridad, según el artículo 40 del código judicial, el cual da competencia a la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte para decidir las controversias provenientes de contratos celebrados por la Nación con personas o entidades particulares. De otro lado, se haría degenerar o se desnaturalizaría la esencia del juicio ejecutivo que, como de apremio que es, está reservado para hacer efectivas las obligaciones que por su claridad no estén sujetas a discusión, prima facie al menos, porque consten en documentos fehacientes, que sean inmediatamente exigibles o de plazo cumplido y representadas por guarismos determinados cuando se refieren a obligaciones de entregar cantidades de dinero, según lo decidió la Corte en el fallo arriba copiado”.

El ejecutado asegura que su caso es exactamente igual al que contempló la Corte en las sentencias referidas, en fuerza de que por estipulación contractual firmada con los representantes del estado colombiano, la compañía ejecutada está exenta del impuesto que ahora se le quiere cobrar.

Para la Sala es exacta la anterior afirmación.

En efecto: En el contrato que la compañía celebró con el Gobierno sobre explotación de petróleos de propiedad nacional en la región del Catatumbo figura la siguiente cláusula marcada en el contrato con el número 13:

“XIII.—Todos los materiales, maquinarias y elementos de trabajo de cualquiera clase que importen las compañías contratantes con destino a la exploración, explotación, refinación y transporte de los petróleos crudos, gases naturales y de-

más hidrocarburos concedidos por la Nación en virtud de este contrato, siempre que no se destinen al comercio, gozarán de la exención de todo impuesto nacional, departamental y municipal, que pueda gravarlos, observando las compañías, en cada caso, las reglamentaciones prescritas por la entidad correspondiente, como medio para el cumplimiento de la exención. Y el petróleo producido no será gravado de ninguna manera por la Nación, los Departamentos o los Municipios.

“Se exceptúan los impuestos nacionales de timbre y el impuesto sobre la renta, que se liquidarán y los pagarán las Compañías contratantes de conformidad con las leyes vigentes”.

Es evidente que de acuerdo con la primera parte de la cláusula anterior, la exención de impuestos está establecida para los materiales, maquinarias y elementos de trabajo de cualquier clase que importe la compañía con destino a la exploración, explotación, refinación y transporte de los petróleos crudos, gases naturales y demás hidrocarburos.

Pero en seguida viene el segundo inciso de la misma cláusula a dejar dudas sobre el verdadero alcance de la primera parte, pues dice: “Se exceptúan los impuestos nacionales de timbre y el impuesto sobre la renta, que se liquidarán y los pagarán las compañías contratantes de conformidad con las leyes vigentes”.

Tal parece que la segunda parte transcrita viniera como a quitarle los efectos limitados de la primera deja a cargo de la compañía únicamente los impuestos nacionales de timbre y el impuesto sobre la renta.

De consiguiente *prima facie* parece que la compañía de acuerdo con la cláusula anterior estuviera contractualmente exenta del impuesto de registro. En todo caso la cláusula no es completamente clara, de suerte que para fijar su alcance se requiere el acuerdo de las partes o una sentencia provocada al efecto ante la Sala competente de esta Corte Suprema de Justicia, encargada de la función de decidir esta clase de litigios.

La cláusula no es oscura, porque así lo afirma la compañía, sino porque en realidad su redacción se presta con algún fundamento a la interpretación que le da ella.

Siendo así, la ejecución es prematura y por tanto debe caer.

En sentencia reciente dictada el 18 de los corrientes por esta misma Sala en el juicio ejecutivo del Departamento de Cundinamarca contra la Colombian Petroleum Company, proveniente también del pago del impuesto de registro, se propuso la misma excepción fundada en igual cláusula, ya que el contrato que la contiene cobija también a la Compañía mencionada, que firmó conjuntamente con la South American Gulf Oil Company el contrato sobre explotación de petróleos en el Catatumbo. En esta sentencia la Corte admitió la defensa de la Compañía para lo cual dijo lo siguiente:

“Para la Sala la cláusula que se discute no es suficientemente clara. Habrá, pues, que interpretarla, que consultar su espíritu. Lo corrobora el hecho de que las partes están completamente desacordes en el modo de entenderla. Como no se ha traído a los autos la prueba de que la Corte se hubiese pronunciado en la forma que dice el personero de la parte demandante, no se tendrá en cuenta su afirmación.

“La Sala de Negocios Generales no podría, sin quebrantar normas de competencia, entrar, para poner término a este incidente de excepciones, a fijar el verdadero sentido de la cláusula que motiva las encontradas opiniones. La interpretación que corresponda, debe hacerla la Corte, pero por medio de otro de sus órganos, de otra Sala. Habrá, pues, que esperar a que por medio del órgano correspondiente de la Corte se desate la controversia que sostienen antagónicas tesis en relación con el impuesto que se trata de hacer efectivo. Desde este punto de vista, lo que resulta no es la inexistencia de la obligación, sino un cobro prematuro, lo que da base a otra excepción, la de petición antes de tiempo”.

Y más adelante dice la misma sentencia refiriéndose al fundamento que expuso el Tribunal para abstenerse de declarar probada la excepción:

“La Sala no comparte la opinión del sentenciador de primera instancia expuesta en el párrafo transcrito. Estima, por el contrario, que sí se trata de algo que tiene relación con el contrato de cesión, como lo es el cobro de un impuesto, del que se cree exonerada la empresa demandada a virtud de una cláusula de dicho contrato, en completa disensión con el personero de la entidad demandante. Como no es aceptable la interpretación unilateral de la mentada cláusula hecha por el Departamento de Cundinamarca, cesionario de la Nación en el impuesto de registro y anotación, juez y parte a la vez, y, por otro lado, como ya se dijo, a juicio de la Sala de Negocios Generales, la cláusula en estudio no es suficientemente clara, resulta evidente que mientras la Corte, por medio de la Sala competente, no dirima la controversia suscitada sobre la interpretación de la cláusula XIII tantas veces mencionada (y hay que suponer que no lo ha hecho mientras no se traiga

la prueba pertinente), la Nación no puede hacer efectivo a la compañía demandada el cobro del impuesto de que se trata. Se está, sin duda, en presencia de un procedimiento ejecutivo prematuro, y por lo mismo, la excepción de petición antes de tiempo debe prosperar”.

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, revoca el fallo apelado dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en esta ejecución, y en su lugar declara probada la excepción de petición antes de tiempo, de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta resolución. Cese la ejecución y desembárguense los bienes que se hayan embargado.

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

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio, en pppdad.

REVOCACION DEL AUTO EJECUTIVO DE 14 DE OCTUBRE DEL AÑO PASADO. —
DEUDAS EN MONEDAS EXTRANJERAS

1. El artículo 3º de la ley 167 de 1938, al igual del 2º de la 46 de 1933, tiene aplicación cuando se trata del PAGO de la obligación. Las citadas leyes sobre deudas de monedas extranjeras no caben sino en tanto que se trate del fenómeno jurídico del PAGO. — 2. En el caso de autos si para el acreedor ejecutante el objeto único de las estipulaciones consignadas en el contrato de empréstito en lo que a él se refiere, es la devolución o pago en Nueva York de las respectivas cuotas periódicas de la deuda, de modo que la consignación de las rentas pignoradas en manos del depositario en Bogotá apenas es el medio para conseguir ese objeto, el agente fiscal no puede, desintegrando el contrato, obligar al deudor a efectuar esas consignaciones, sin intención de verificar inmediatamente la correlativa imputación de pagos.—3. Como en Colombia nadie tiene libertad para adquirir cambio internacional, ni aun siquiera las entidades de derecho público, sería perfectamente injustificado que el juez, sabiendo esa circunstancia, obligara a un deudor a realizar un hecho que en parte de él no depende. Tampoco la ley permite dar órdenes ejecutivas condicionadas a eventos inciertos.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, cinco de marzo de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonista).

Del auto ejecutivo de fecha catorce de octubre del año próximo pasado, dictado por la Corte y publicado en la Gaceta Judicial número 1961 a 1963, tomo L, páginas 263 y siguientes, contra el Departamento del Tolima y a favor de The Marine Midland Trust Company of New York en su calidad ésta de agente fiscal del contrato de empréstito de dicho Departamento, de fecha primero de noviembre de mil novecientos veintisiete (1927), reclaman en tiempo oportuno los abogados de las dos partes, el del departamento para solicitar que se reponga, fundado en que la orden de pago dada por la Corte no puede prosperar según los nuevos razonamientos que expone, y el del agente fiscal, para obtener que la ejecución se amplíe sobre las bases que él da y que en su concepto son necesaria consecuencia del contrato.

El orden lógico impone que primero se examine el reclamo de la parte ejecutada.

Con ese fin, se considera:

Entre las diversas razones alegadas por el señor abogado, la Sala elige la que cree de mayor fuerza para detener la ejecución, y pasa a analizarla.

Consiste esa razón, en síntesis, en que la Sala cambió los términos de la obligación del deudor oficiosamente, no obstante que el acreedor había pedido de distinta manera la moneda de pago. El reclamante explica así su pensamiento:

“La Sala cambia los términos de la obligación del deudor oficiosamente, bien que a pesar de que el acreedor había pedido de distinta manera la moneda de pago. Al preguntarme qué razón implícita, no dicha ha podido tener la Sala para ordenar de oficio el pago en moneda colombiana cuando el acreedor fue preciso y ex-

plícito en oro americano, he supuesto que dicha razón sea el carácter de orden público que tienen las leyes sobre moneda en Colombia y en el mundo entero. Pero encuentro insuficiente esta razón y le pido con respeto a la Sala que pronuncie la verdadera, porque aunque se trate de leyes de orden público, ello no excusa el pedimento del acreedor. Está bien que las leyes imperativas, como su nombre lo indica, imperen u obliguen contra la voluntad del deudor, que no rijan o sean aplicables contra la voluntad o autonomía de voluntad de las partes. Pero el interés económico que pueda ir envuelto en una ley de orden público, siempre exige que el cambio de términos decretado por la ley sea manifestado. La cuestión económica no es indiferente; al acreedor no le es indiferente recibir hoy en moneda legal al tipo de 102 y medio por ciento o más bien no pedir, no exigir así el cumplimiento de una obligación que en esos términos y formas lo perjudica. La Sala ha pensado oficiosamente por el acreedor, como si fuera su vocero, que los billetes colombianos convertidos al 102 y medio por ciento le permiten al acreedor obtener, los dólares precisos porque demanda. No discute el tipo de cambio, sino si la oficiosa resolución de la Corte interpreta el interés económico del acreedor, en vista de que hay fundamento económico para creer que por algo pidió el agente fiscal el pago en moneda americana, o de no poder obtener así su pago habría preferido y quizá prefiera todavía no ejecutar”.

Los términos en que está concebido el reclamo anterior, que dicho de otro modo entrañan la acusación de que la Sala, apartándose de la verdadera intención de la demanda, decretó una prestación distinta de la pedida, llevan necesariamente a recordar cómo entendió la Corte que pedía el ejecutante y debía ejecutarse el contrato, de acuerdo con ese pedimento y las leyes posteriores a aquél relativas a los pagos en monedas extranjeras de oro.

El ejecutante pidió que el departamento del Tolima cumpla, dentro del plazo

prudencial que se fije, “la obligación de hacer el depósito de las cuotas mensuales para el servicio del empréstito” que se están adeudando y para el caso de que el departamento no cumpliera la obligación dicha se libre orden de pago por el monto de los perjuicios derivados del incumplimiento. Es cierto que la ejecución tanto por las cuotas adeudadas como por los perjuicios subsidiarios se demandó en la moneda estipulada en el contrato, dólares de los Estados Unidos de América.

El ejecutante pidió así la ejecución de una obligación de hacer, al tenor del artículo 990 del código judicial, consistente en la que contrajo el departamento de tomar mensualmente de las rentas pignoras las sumas necesarias para atender, en la moneda estipulada, periódicamente, el servicio del empréstito en Nueva York, depositando esas sumas en el Banco que en Colombia posee el doble carácter de depositario e intermediario para la remisión de ellas a Nueva York.

La Sala consideró que la consignación que en Bogotá se haga al depositario de las rentas pignoras constituye ya un pago al acreedor desde que aquél recibe para y por cuenta del agente fiscal, de forma que efectuadas las consignaciones quedan ellas inmediatamente a disposición de los acreedores, ante quienes el agente fiscal y el Banco depositario en Bogotá tienen el carácter de diputados para recibir y reciben válidamente según el contrato.

Basada la Sala en esta interpretación del fenómeno de la consignación mensual en Bogotá de los productos de las rentas pignoras, determinó que lo que se pedía no era en lenguaje jurídico una obligación de hacer, sino de DAR o de entregar en pago en Colombia las determinadas sumas de dinero en moneda extranjera previstas en la convención. Pero que el hecho de que el ejecutante hubiera incurrido en el error de demandar ejecutivamente como de hacer una obligación que es de dar, no le quitaba la acción ejecutiva, porque en realidad lo que aquél se proponía era obtener en Bogotá, median-

te el depósito en el Banco del mismo nombre, de las rentas pignoradas, el pago del empréstito, lo cual era posible según lo ya dicho de la significación del depósito en Bogotá.

De esta manera la Corte pretendió interpretar la verdadera intención de la demanda, separándose así de sus términos, porque consideró que el acreedor buscaba ante todo el pago inmediato, y como éste también se consigue con las consignaciones en Bogotá, le dio así poca importancia al hecho de que el ejecutante demandara una obligación de HACER.

Consentida por el acreedor la solución total de la deuda en Colombia, según el ya expuesto criterio de la Corte, y no pudiéndose hacer la consignación en dólares por estar de por medio las leyes de control de cambios, la necesidad de que el contrato se cumpliera, imponía la aplicación de las nuevas leyes que han venido a regular en Colombia la solución de las deudas contraídas en monedas extranjeras de oro. Fue así como se dispuso en el auto ejecutivo que los depósitos se hicieran en billetes colombianos, según el artículo 3º, inciso 2º, de la ley 167 de 1938.

Pero ahora, con motivo del recurso de reposición intentado por el abogado del agente fiscal, en que pide la ampliación del mandamiento de pago y expone las razones de ese pedimento, se ve que es otro el pensamiento que inspira la demanda.

En efecto, el mencionado abogado, después de hacer mérito del artículo III, sección 2ª del contrato de agencia fiscal, dice lo siguiente, que implica indudablemente una rectificación al concepto de la Corte sobre el alcance que tienen los depósitos que se hacen en Colombia de las rentas pignoradas, que según el auto reclamado constituyen un verdadero PAGO:

“Se desprende de lo expuesto que, en relación con el servicio del empréstito, tiene el Departamento dos obligaciones distintas, a saber: a) Pagar en la ciudad de Nueva York, en dólares americanos, a los tenedores de los bonos, por intermedio del agente fiscal, los intereses semes-

trales correspondientes a cada cupón, y entregar asimismo al agente fiscal, en la misma moneda, la suma fijada como fondo de amortización de los bonos; y b) Depositar en el Banco designado en Colombia para tal efecto, la parte de las rentas pignoradas necesaria para completar la cuota semestral del servicio del empréstito, a fin de que el Banco depositario remita las cantidades depositadas al agente fiscal, a Nueva York.

“La primera es la obligación directa de pagar la suma recibida en préstamo, en el lugar, fecha y forma señalados en el contrato. La segunda mira solamente a la eficacia de la prenda o garantía constituida en favor de los acreedores, sobre determinadas rentas, y como el contrato mismo lo llama, es un depósito preliminar para el pago, que ha de hacerse en Nueva York en el modo ya citado.

“Por las circunstancias de todos conocidas, que se originan en el sistema actual de control de los cambios internacionales, no es posible obtener el pago del servicio del empréstito, en dólares, en Nueva York, por lo cual el agente fiscal no demandó ese pago al promover la presente acción ejecutiva. Pero sí es posible, como la Corte Suprema lo ha demostrado evidentemente en el fallo a que me refiero, cumplir la obligación intermedia, preliminar y de garantía, de hacer en Colombia el depósito previsto, de la parte de las rentas pignoradas necesaria para completar la cuota semestral, a fin de que el Banco depositario en Colombia tenga esas sumas a disposición del agente fiscal, para enviarlas a éste cuando las circunstancias del control de cambios lo permitan. El cumplimiento de esta segunda obligación fue el que demandó ante los tribunales colombianos el agente fiscal.

“Lógicamente resulta de las observaciones que anteceden, que al verificar el Departamento la consignación de las cuotas que el fallo de la Corte le ordena hacer, no va en realidad a cumplir la obligación de pago prevista en el contrato, sino solamente la obligación de depositar las su-

mas que más tarde, cuando ello sea posible, servirán para verificar el pago en Nueva York, en dólares americanos, según los términos precisos de la obligación contractual”.

Como se ve, el propio ejecutante sostiene que la consignación de las rentas pignoradas en Colombia, no es el pago al acreedor, sino un acto preliminar encaminado a cumplirlo, acto que tiene lugar solamente cuando sea posible remitir a Nueva York esas consignaciones convertidas en los dólares americanos que prevee el contrato.

Teniendo este concepto el ejecutante, de que las consignaciones que se efectúen en Bogotá están lejos de operar el pago, él no cometió ningún error de técnica — como creyó la Sala — cuando pidió la verificación de los depósitos por el deudor, de las rentas pignoradas, en calidad de obligación contractual de hacer. Puesto que apenas se trata, según la idea del ejecutante, de ejecutar una obligación intermedia de hacer conducente el pago, el cual se realizará el día en que sea dable remesar dólares a Nueva York, moneda y lugar que, de acuerdo con el contrato, regulan el pago, el ejecutante fue lógico limitándose a demandar ejecutivamente la obligación de hacer los depósitos en Bogotá, pues según afirma “por circunstancias de todos conocidas, que se originan en el sistema actual de control de los cambios internacionales, no es posible obtener el pago (subraya el ejecutante) del servicio del empréstito, en dólares, en Nueva York, por lo cual el agente fiscal no demandó ese pago al promover la presente ejecución”. (Subraya la Sala).

Claro que bajo el influjo del criterio expuesto el reclamo del ejecutante para que se amplíe el auto ejecutivo en el sentido que él propone, resulta estrictamente lógico. Es natural que si las sumas que en moneda colombiana se depositan, según el auto ejecutivo, como equivalente a la cuota mensual de dólares en el Banco de Bogotá, no fueren suficientes para adquirir los dólares correspondientes a

las mismas cuotas el día en que el Banco envíe a Nueva York al agente fiscal la moneda americana para el servicio del empréstito, el deudor quede obligado a entregar al mismo Banco “la cantidad necesaria para completar la suma en dólares que debe entregar en Nueva York al agente fiscal por concepto de los respectivos pagos mensuales para el servicio del empréstito, siendo entendido que si a la época de hacer tal envío a Nueva York, las sumas consignadas por el Banco resultaren superiores a las necesarias para adquirir, dichos dólares, el excedente sería devuelto al departamento del Tolima”, según es la ampliación que solicita el ejecutante del auto ejecutivo.

En otros términos, la consignación que por mandato del auto ejecutivo se hace en el Banco de Bogotá en billetes colombianos, no liquida definitivamente la deuda. No obstante ella, continúa pendiente el crédito cuya cancelación definitiva se obtiene cuando se remitan los dólares a Nueva York. Este es el propósito de la demanda ejecutiva que ahora descubre claramente el ejecutante.

De esta manera el auto ejecutivo pierde la base sobre que se edificó, consistente en una presunta voluntad del demandante, expresada en términos imprecisos.

Aclarada así la intención de la demanda, el auto ejecutivo, en cuanto desvió la acción por caminos distintos de los indicados por el ejecutante, debe caer.

Pero este criterio no da base por sí solo para negar la ejecución. Si la orden de pago también es legal tal como ahora queda aclarado que la concibe el ejecutante en el libelo de demanda, y a esa concepción responde exactamente dicho auto, no habría inconveniente en sostenerlo.

Pero en la forma indicada por el ejecutante la ejecución también es improcedente.

Desde el momento en que las consignaciones de las rentas pignoradas, en el Banco de Bogotá, no se demandan con

el efecto de pago inmediato del empréstito, conforme lo interpretó la Corte, desaparece la base de aplicación que la misma Corte le diera a los artículos 2º de la ley 46 de 1933 y 3º de la ley 167 de 1938, que gobiernan en Colombia el pago de las deudas contraídas en monedas de oro extranjeras.

Se repite en este auto la transcripción que en el reclamado hizose del artículo 3º de la ley 167 de 1938:

“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”.

Este precepto, al igual del 2º de la ley 46 de 1933, tienen pues aplicación cuando se trata del PAGO de la obligación. Y no puede ser de otra manera porque si la consignación carece de los efectos de un pago, esto es, según la definición que el código civil da de este fenómeno: prestación de lo que se debe; si la obligación no se soluciona, en forma de cortar la relación entre deudor y acreedor; y si en cambio el vínculo jurídico continúa pendiente en espera de que se produzca el acto jurídico posterior del pago, entonces es prematura la conversión de la moneda extranjera a billetes y no hay razón en obligar al deudor a efectuar una conversión que luégo tendría que repetir sobre bases definitivas.

El pedimento de ampliación del auto ejecutivo propuesto por el ejecutante ilustra muy bien cómo las leyes citadas sobre deudas de monedas extranjeras no caben sino en tanto se trate del fenómeno jurídico del pago. En efecto, el auto ejecutivo ordena efectuar el pago del empréstito en billetes colombianos sobre las bases de conversión dispuestas en aquellas leyes. De accederse a que se hagan

posibles en un futuro más o menos remoto nuevas consignaciones en los mismos billetes hasta completar la suma en dólares que debe entregarse en Nueva York, se violan directamente la letra y el espíritu del auto, pues sería tanto como reemplazar la base de conversión que éste establece, según la paridad intrínseca y la relación de valores entre la moneda de oro colombiana y la moneda americana de oro, por otra base distinta que ya sería el valor del cambio para comprar dólares, en un futuro incierto; es decir, la deuda quedaría así pagada siempre en dólares, y la consignación que en cumplimiento del auto se hiciera carecería del efecto desvinculante del pago, el cual vendría a operarse no ahora, con ocasión del auto ejecutivo, sino el día más o menos remoto en que el Banco de Bogotá pueda adquirir los dólares previstos en el contrato para remitirlos a Nueva York al agente fiscal.

Contemplada ahora la demanda ejecutiva por su verdadera faz, de orden para que se haga el depósito de las rentas pignoradas en el Banco de Bogotá, resulta lo siguiente:

Está dicho y probado que como no se trata todavía del pago, es inoportuno hablar de que el deudor no obstante que la deuda está contraída en moneda extranjera, pueda, de acuerdo con las leyes colombianas citadas en el curso de esta providencia, efectuar los depósitos en billetes colombianos.

De consiguiente hay que ver si la ejecución procede tal cual ella está planteada: cumplimiento de la consignación periódica de las rentas pignoradas en dólares moneda de los Estados Unidos, con el fin de que el depositario de esas sumas las remita a Nueva York, cuando ello sea posible, a efecto de verificar el pago.

La ejecución así es ilegal por dos razones.

Primera. La obligación que se pretende ejecutar es, en tal forma, el camino que debe tomar el deudor en vía de llegar a la meta deseada por el acreedor, de

obtener cumplidamente el pago en Nueva York.

Lo interesante para el acreedor es entonces el pago de la cantidad de moneda americana necesaria para atender mensualmente las respectivas cuotas del empréstito. El sistema que para ello se adopte está de este modo subordinado a ese fin, que es en relación con el acreedor el verdadero y único objeto de la prestación correspondiente al pago. De acuerdo con el contrato y con la interpretación que le da el ejecutante y es la base de la demanda ejecutiva, según queda dicho, el deudor no daría completa satisfacción a sus deberes limitando su actividad a verificar en Colombia el depósito de las rentas pignoradas; su obligación va más lejos; tiene que poner todos los medios que las circunstancias del momento respectivo exijan para que esos dineros, convertidos de moneda corriente a moneda americana, sean girados a Nueva York al agente fiscal, oportunamente.

De consiguiente, de acuerdo con lo anterior, la obligación definitiva que el contrato le impone al deudor es PAGAR EN NUEVA YORK EN DOLARES. Las demás son los actos preparatorios que el deudor debe realizar para efectuar el pago en la mencionada ciudad.

En el desarrollo de todo contrato existen siempre a cargo de la parte obligada una serie sucesiva de prestaciones encaminadas al objeto esencial que las partes se han propuesto conseguir. Esas prestaciones serán más o menos trascendentales, más o menos accesorias y conducentes a ese objeto, pero nunca pierden para las partes su naturaleza de medios subordinados al postrer y último resultado querido por aquéllas. Así quien arrienda una finca, debe primero desocuparla, arreglarla para ponerla en condiciones de prestar el servicio convenido y por último entregarla al arrendatario. Quien se compromete a construir un edificio previamente a su iniciación tendrá que allegar todos los elementos indispensables para comenzar, y luego hacer todas aquellas cosas o hechos encaminados a que la obra

se termine de acuerdo con el contrato. Y quien se compromete a enajenar una casa, deberá empezar por trasladarse a la notaría el día convenido con el objeto de firmar la escritura, y otorgada ésta, entregar la casa.

Es claro que todos esos actos preparatorios tienen una estrecha vinculación con el objeto mismo de cada contrato pero no son todo su objeto. El objeto en el contrato de arrendamiento es la finca y luego su disfrute; en la confección de la obra, la obra misma ya terminada; y en la venta de la casa, el inmueble cuya adquisición persigue el comprador. A pretexto de obtener el cumplimiento del contrato no podría tomar el acreedor uno cualquiera de los actos preparatorios, así fuese el más esencial y próximo a la culminación de la totalidad de la prestación concerniente al deudor, y constreñir a éste por la ausencia de tal acto, asignándole a su inobservancia consecuencias propias desligadas de las que estarían llamadas a producirse por la violación de lo principalmente pactado, tal como el contrato configura el derecho del acreedor.

De igual manera si, pues, para el acreedor ejecutante el objeto único de las estipulaciones consignadas en el contrato de empréstito en lo que a él hace relación, es la devolución o pago en Nueva York de las respectivas cuotas periódicas de la deuda, de modo que la consignación de las rentas pignoradas en manos del depositario en Bogotá apenas es el medio para conseguir ese objeto, el agente fiscal no puede, desintegrando el contrato, obligar al deudor a efectuar esas consignaciones, sin intención de verificar inmediatamente la correlativa imputación de pago. O lo que es lo mismo el acreedor carece de derecho para perseguir judicialmente al deudor por etapas, cuando la prestación prometida se descompone de varios y sucesivos actos jurídicos, vinculados todos a un solo objeto, cual si de cada acto jurídico naciese una acción independiente.

No niega la Sala que la obligación que tiene el departamento del Tolima de verificar en Bogotá el depósito de las ren-

tas pignoras es una obligación de hacer. Empero es una obligación de hacer, preparatoria y subordinada a la principal: pagar. Ejecutando al deudor no se puede aislar aquella de ésta, porque como está demostrado se desintegra el contrato, en detrimento de su unidad jurídica.

Por eso en el auto reclamado se dijo:

“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 transmisión 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”.

Segunda.—A más de la razón anterior, que es fundamental, existe otra también del mismo carácter, que se opone a que la ejecución prospere en la forma pedida.

El depósito en el Banco de Bogotá de las rentas pignoras se pide en moneda americana.

Es cuestión reconocida por las partes en todos los memoriales, y sobre lo cual no hay para qué insista la Sala, que para que el departamento del Tolima pueda adquirir con el producto de las rentas pignoras dólares a efecto de depositarlos en el Banco de Bogotá, necesita que la ofi-

cina de control de cambios le otorgue el permiso correspondiente. El juzgador ignora que ese permiso le vaya a ser concedido al departamento. En todo caso ese es un hecho futuro e incierto. El deudor carece de la plena libertad que las circunstancias exigen para cumplir el lo en dólares. En Colombia nadie tiene mandamiento de pago, en caso de librarlibertad para adquirir cambio internacional, ni aun siquiera las entidades de derecho público. Sería perfectamente injustificado que el juez, sabiendo esa circunstancia, obligara al deudor a realizar un hecho que en parte de él no depende. Tampoco la ley permite dar órdenes ejecutivas condicionadas a eventos inciertos. Lo que conduce a patentizar que aunque la obligación en sí misma considerada pueda ser exigible, la existencia de leyes de orden público expedidas con posterioridad a ella le quitan ese carácter, en tanto que esas leyes se interpongan en el camino que el deudor debe seguir para cumplir lo pactado.

Todo lo razonado pone de manifiesto que el auto recurrido debe caer, en fuerza de que en esa providencia decretóse un hecho que no fue el pedido en la demanda; y que el realmente pedido no da base para ejecutar al departamento.

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, revoca su propio auto ejecutivo de fecha catorce de octubre del año pasado dictado contra el departamento del Tolima, y en su lugar CONFIRMA la parte resolutive del auto apelado, proferido por el tribunal superior del distrito judicial de Ibagué.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srío, en ppad.

INCIDENTE DE NULIDAD

No puede suspenderse el juicio civil seguido con jurisdicción coactiva por el hecho de estarse adelantando un proceso criminal que ha surgido de algún incidente o hecho conocido durante la prosecución del procedimiento administrativo.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, marzo catorce de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Juan A. Donado V.)

En el juicio ejecutivo que adelanta el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá contra los señores Francisco Clement, Tulia Giraldo, Belisario Correa, Amelia Correa y Rosa Correa, por créditos a favor de la Nación, provenientes de alcances deducidos al citado señor Clement, como empleado de manejo, éste alega la nulidad de lo actuado desde que se inició la investigación criminal que contra él se siguió como consecuencia de la deducción de los dichos alcances que se le cobran ejecutivamente.

El Juez Ejecutor en auto del 14 de octubre de 1940 no accedió a la declaración de nulidad solicitada. Por apelación de esta providencia, ha subido el asunto a esta Superioridad, en donde de la tramitación respectiva, se procede a resolver lo pertinente:

Dice el apelante en el memorial respectivo:

“El juicio ejecutivo en que hablo surgió de un proceso administrativo tramitado en la Contraloría General de la República en forma preventiva; y estándose tramitando tal procedimiento administrativo en mi contra, en la Contraloría

General de la República, a juicio del funcionario respectivo se presentó en él algún hecho que consideró como delito perseguible de oficio y ordenó su investigación inmediata la cual se adelanta ante el Juez Penal del Circuito de Florencia y allí no se ha dictado auto de fondo todavía.

“.....
“La investigación criminal que se me adelanta no ha sido definida en la actualidad y ella surgió de procedimiento administrativo llevado a cabo por la Contraloría General de la República. El fallo de esa investigación influye de manera definitiva o concluyente en la acción civil que se tramita en el Juzgado de usted, y no sería legal ni humano que mientras tal fallo no me fuere condenatorio, el asunto civil siga su curso llegando hasta rematarse los bienes embargados para pagar una cantidad que aún no es líquida, pues ese fallo debe decir la última palabra sobre mi responsabilidad y monto”.

Como fundamentos de derecho aduce el recurrente el artículo 11 del nuevo código de Procedimiento Penal y el artículo 39 de la ley 169 de 1896.

El señor Procurador Delegado en lo Civil observa sobre el incidente de nulidad lo que sigue:

“En mi concepto, el Juez ejecutor incurrió en la omisión de abrir a prueba el incidente de nulidad según lo estatuido para la sustanciación de una articulación, a fin de haber dado a la parte ejecutada toda oportunidad de probar los hechos alegados en apoyo de sus pretensiones, y proceder a resolver la situación procesal con pleno conocimiento de todas sus peculiaridades. De ahí que de la situación procesal, tal como aparece, no consta si-

quiera la existencia de la investigación criminal que se aduce.

“Pero aún en el caso de existir dicha investigación, conceptúa la Procuraduría que ello no sería razón suficiente para suspender la acción civil por jurisdicción coactiva a que nos concretamos. Ello habría sido causa — podría sostenerse — para suspender el juicio administrativo o de cuentas que se demostrara estar condicionado por la investigación criminal consiguiente, lo que no solicitó el recurrente en su oportunidad legal de acuerdo con requisitos y garantías procesales.

“Mas una vez en firme aquel proceso administrativo, el Juez ejecutor no puede suspender el juicio meramente civil en qué actúa sino por las causas que consigna la ley, ninguna de las cuales obra en el caso subjudice”.

La Sala acoge el anterior concepto del señor Agente del Ministerio Público, sin dejar de considerar la falta de apertura a pruebas del incidente de nulidad por el Juez fiscal. Si bien es verdad que es indispensable, para juzgar con certeza y justicia, tener presente los hechos alegados por las partes, y que la ausencia de término probatorio en los casos en que la ley consagra esta garantía, constituye, en tesis general, una deficiencia en el amparo del derecho de defensa en el proceso civil, la verdadera situación jurídico procesal de este negocio no cambia con la comprobación de los hechos que se aducen como motivos de nulidad del juicio ejecutivo.

Dando por sentada la iniciación de una investigación criminal durante el juicio administrativo que culminó con la creación de los títulos ejecutivos a favor de la Nación y que sirven de fundamento al presente recaudo, ella daría lugar a suspender la solución de la respectiva controversia administrativa, siempre que, a juicio del Juez, soberano en esta apreciación, el fallo que correspondiera en la investigación criminal, hubiese de influir en el proceso administrativo de que se trata. Pero si a juicio de ese mismo Juez, a cuya libre apreciación queda la influencia que en la decisión civil o administrativa pueda tener la penal, no hay para dictar aquélla que aguardar ésta, podría proveer en definitiva sin esperar el resultado de la acción penal.

Por otra parte, la alegación del ejecutado señor Clement, que, como lo observa el señor Procurador Delegado en lo Civil, bien pudo hacerse valer en el correspondiente juicio de cuentas, resulta actualmente extemporánea.

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 objeto de la alzada.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio, en ppadad.

ACCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR PERJUICIOS — CONTRATO DE
TRANSPORTE — RESARCIMIENTO DE DAÑOS — PERJUICIOS MORALES

1. El concepto de la prueba trasladada a otro juicio se refiere casi exclusivamente al testimonio, el cual, si ha sido recibido en juicio distinto y se necesita de él en un segundo o tercero, hace necesaria su ratificación durante el período probatorio de aquél en que se quiere que surta sus efectos. Muy distinto es el caso si se trata, no ya de testimonio, sino de un documento auténtico, de aquellos que enumera el artículo 632 del C. J. Su operancia en juicio está condicionada al trámite especialmente señalado por el legislador en el artículo 633 del mismo código.—

2. Es obligación del transportador de personas la de conducirlos y ponerlos salvos y sanos en el lugar de su destino (artículos 2,072 y 2,073, C. C., y 306, C. Co.), por lo cual pesan sobre él las llamadas obligaciones de seguridad, de las cuales sólo podrá eximirse probando la ausencia de culpa.

3. Es jurisprudencia reiterada de la Corte la de que las entidades de derecho público deben responder por los daños provenientes de actos u omisiones de sus agentes de la clase de los que trata el proceso. — 4. La ley actúa, en orden al resarcimiento del daño,

imponiendo una reparación que corresponda al bien de que se priva a los lesionados. La indemnización se dirige a obtener para aquéllos las mismas condiciones en que se hallarían si no hubiese ocurrido el hecho ilícito. — 5. El daño moral ofrece dos aspectos diferentes según sea una persona atacada en su honor, su reputación, su consideración, en su patrimonio moral propiamente dicho, o bien en sus afecciones, en la parte afectiva del patrimonio mo-

ral. Se acepta de ordinario que el interés comprendido en la primera categoría, el *interés moral*, se halla jurídicamente protegido; la ley sobre prensa, que prevé y reprime la injuria y la difamación, así lo demuestra. Pero que el simple *interés de afección* justifique una reparación de orden pecuniario, no es tesis que se admita generalmente. Si en principio todo daño, así sea material o moral, debe repararse, ese postulado, tan fácilmente enunciable, en cuanto a la reparación del daño moral, ofrece serias dificultades en su aplicación. Parece que la falta de una diferenciación, necesaria e indispensable, entre las diversas clases de daño moral, según la naturaleza de éste, ha llevado confusión a las exposiciones de los tratadistas, por entender a veces el intérprete a la luz de aquéllas que allí se generaliza un concepto sobre todas las clases de daño moral. Esa generalización, que no es fundada filosófica ni jurídicamente, produce oscuridad y dificultad en el examen del asunto. Como no todos los daños morales son de idéntica especie, las normas para hacer su valoración tampoco son las mismas en todos los casos. Hay en torno al daño moral dos géneros de perjuicios: los que emanan de aquél en forma concreta, determinada o determinable, que pudieran llamarse perjuicios morales objetivados, y otros que son indeterminados o indeterminables, inasibles y abstractos, perjuicios morales no susceptibles de objetivación. El daño moral es la lesión del patrimonio moral propiamente dicho o del patrimonio afectivo; de la "parte social del patrimonio moral", en los atentados

contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales; de la parte afectiva, en los que hieren los sentimientos de amor en la familia. El daño moral objetivado puede fácilmente repararse y es tangible, estimable con relativa facilidad concretable en cifras numéricas, no así el daño moral no objetivado. Las repercusiones objetivas del daño moral han de indemnizarse siempre aplicándoles las normas que regulan la fijación y resarcimiento del perjuicio material. Se procura y se obtiene que ese perjuicio moral se objective y concrete, y por esa vía se llega a la reparación debida. En esta categoría cabe la mayor parte del daño moral; muchos casos de perjuicios de esta clase se comprenden en ella y por el procedimiento aquí señalado puede alcanzarse su reparación. Hay perjuicio moral cuando se vulneran intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran el patrimonio moral de una persona, en su parte social y en su parte afectiva, en su honor, por ejemplo, o en el sentimiento.

La objetivación del daño moral, en cuanto puede hacerse para darle realidad procesal-jurídica en sus manifestaciones materiales, constituye daño moral y no material. La enfermedad proveniente de la pena ocasionada por el ataque al sentimiento de afectación y la depresión síquica con el mismo origen y que produce inhibición para el trabajo, que consecuentemente afectan el patrimonio material, son daño moral objetivado, fácil de determinar. No sucede lo mismo cuando se trata del daño moral no objetivado. En él se contempla un perjuicio puramente subjetivo. En este campo solamente el presunto lesionado sería el sujeto capaz de medir la intensidad de su dolor. Cualquiera otra intervención dirigida a lograr ese objeto sería ineficaz, porque es imposible someter a una escala de medida la personalidad psicológica, compleja y múltiple, de los agentes receptores del perjuicio

moral. Este daño moral no objetivado, inasible por su naturaleza, no puede reducirse a cifras ni traducirse pecuniariamente, si no se quiere caer en la más completa arbitrariedad. Por eso, si de reparación del daño moral se trata, ha de admitirse que como tal no es posible lograrla sino en la medida de su objetividad. Por más que sea difícil la reparación del daño puramente subjetivo y social, esto no implica que haya de quedar sin una satisfacción de orden puramente pecuniario, como así la llama Josserand y con él otros expositores. Este es el criterio de la ley colombiana, cuyo sistema es el que mejor armoniza con las concepciones más recientes del derecho y de los principios que dentro de él inspiran la reparación del perjuicio. En suma, para el daño moral no objetivable se admite en la ley colombiana una pequeña satisfacción pecuniaria que se gradúa prudencialmente por el juez según las circunstancias de cada caso, dentro de la cuantía señalada en el art. 95 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, veintitres de abril de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El doctor Francisco José Ocampo, como apoderado de María Rosa Gómez v. de Urrea, en su nombre y en representación de sus hijos menores José J. y Rosalía Urrea, y como apoderado también de Jesús Antonio, Mercedes, Inés y Ana Francisca Urrea, demandó por los trámites ordinarios al Departamento de Caldas, para que, con citación y audiencia del Fiscal del Tribunal Superior, se le condene a pagar a sus mandantes, a título de indemnización de perjuicios, la cantidad que en el curso del juicio se establezca por medio de peritos, que valen los daños causados por la muerte trágica de Elías Urrea. Subsidiariamente solicitó que se condene

al Departamento de Caldas a pagar a la sucesión del señor Elías Urrea, la cantidad que en este juicio se demuestre, por medio de peritos, como valor de los perjuicios aludidos en la petición principal.

Son hechos de esta demanda:

“Primero. Los señores Elías Urrea y María Rosa Gómez, mis mandantes, fueron casados legítimamente por los ritos de la religión católica, y de este matrimonio nacieron sus hijos Jesús Antonio, Mercedes, Inés, Ana Francisca, José J. y Rosalía Urrea G. El señor Elías Urrea falleció el día 9 de mayo de 1937, en el siniestro del cable aéreo del Norte acaecido en las inmediaciones de la población de Aranzazu.

“Segundo. El día 9 de mayo pasado, en las horas del mediodía, tomaron pasaje en la población de Aranzazu para (sic) el cable aéreo del Norte, entre esa estación y la de Muelas, los señores Luis M. García, Elías Urrea, José Eudoro Vásquez y José Abel Cardona, quienes viajaban juntos en una misma vagoneta de pasajeros.

“Tercero. La vagoneta en que viajaban los cuatro pasajeros nombrados salió normalmente de la Estación de Aranzazu y así viajaba en dirección a Muelas, cuando pocos momentos después una vagoneta de carga, despedida mal e imprudentemente de la Estación, se deslizó por la pendiente que allí existe y alcanzó a la góndola de pasajeros a los pocos metros, produciéndose un choque violento a consecuencia del cual se fueron ambas a tierra, ocasionando la muerte trágica de todos los pasajeros señores García, Urrea, Vásquez y Cardona.

“Cuarto. El terrible siniestro en que perecieron de manera tan trágica los cuatro honrados ciudadanos citados, se debió a descuido, culpa e imprudencia de la Empresa del Cable Aéreo del Norte, porque de acuerdo con la técnica y las necesidades del servicio del cable, en cada estación deben existir permanentemente y mientras funciona la aerovía, dos empleados despachadores constantes, uno encargado de recibir las vagonetas que llegan

y otro encargado de despachar las que salen, pues las entradas y salidas tienen apenas interrupción de segundos, y en el momento de suceder este accidente en la Estación de Aranzazu no había sino un carrero despachador, pues el otro se había ausentado dizque a tomar el almuerzo, por cuya falta la vagoneta de carga que chocó con la góndola de pasajeros y la echó a tierra, desde grande altura, salió de la estación mal despedida, no enganchó cuidadosamente en el cable y se deslizó vertiginosamente produciendo la catástrofe.

“Quinto. La Empresa del Cable Aéreo del Norte es de propiedad del Departamento de Caldas y se explota y administra directamente por el Gobierno Departamental.

“Sexto. La Empresa del Cable Aéreo del Norte, no obstante lo peligroso de este sistema de transporte, no puso toda la diligencia, cuidado y actividad que se requería para que el accidente del 9 de mayo no se presentara, sino que obró con imprudencia, negligencia, y descuido por cuya causa se presentó el siniestro que produjo la muerte de cuatro distinguidos ciudadanos a cuyas familias y deudos se ocasionaron ingentes perjuicios morales y materiales que debe reparar justa y legalmente”.

El señor Fiscal 2º del Tribunal Superior contestó la demanda aceptando los hechos 1º y 5º, negando el 3º, el 4º y 6º, y afirmando no constarle el 2º.

El Tribunal Superior de Manizales, en sentencia fechada el 13 de febrero de 1939 absolvió al Departamento de todos los cargos que le fueron formulados en la parte petitoria del libelo, dando como fundamento de su fallo el no estar demostrado el hecho generador de la imputabilidad y responsabilidad del Departamento y de la indemnización de perjuicios cuyo pago se demanda, o sea, la muerte de Elías Urrea por causa del accidente.

Personería de los actores.

Acreditada aparece en los autos la per-

sonería de los demandantes. Adjuntos a la demanda presentó el apoderado la partida de matrimonio de origen eclesiástico, de Elías Urrea y María Rosa Gómez, y las partidas de nacimiento, de igual origen, de Jesús A., Mercedes, Inés, Ana Francisca, José J., y Rosalía Urrea.

El siniestro causa del daño.

El hecho del siniestro en el cable aéreo, ocurrido el 9 de mayo de 1937, en el cual perdió la vida el señor Elías Urrea, quien viajaba en ese vehículo, está plenamente establecido en el juicio.

El señor Rafael Giraldo, testigo citado por el señor Fiscal, declaró: "Sé y me consta por conocimiento directo y personal, pues me encontraba presente en la Estación de Aranzazu el día 9 de mayo del año en curso y en las horas del medio día, que el carrero de la Empresa del Cable Aéreo del Norte señor Gerardo González despachó personalmente y hacia la Estación de Muelas la vagoneta de pasajeros en la cual viajaban los señores Elías Urrea, José Abel Cardona y José Eudoro Vásquez".

En la diligencia de levantamiento del cadáver, practicada por el señor Alcalde Municipal de Aranzazu se lee:

"El nueve de mayo de (1937) mil novecientos treinta y siete, siendo las doce y quince minutos de la tarde, el suscrito Alcalde Municipal de Aranzazu en asocio de su Secretario y de los señores Tomás Ocampo B. y Abel Betancur, quienes fueron nombrados peritos, se trasladó al frente del cementerio entre las torres diez y nueve y veinte en el trayecto de Muelas a Aranzazu, con el fin de practicar el levantamiento de los cadáveres de algunos señores quienes sufrieron muerte violenta a consecuencia del siniestro acaecido en el día de hoy. Los testigos juraron y bajo su gravedad prometieron cumplir bien y fielmente, a su leal saber y entender el cargo en referencia y a continuación se procedió al levantamiento del cadáver en la siguiente forma: Entre las torres 19 y 20 próximamente treinta

metros de la 19 se encontraron dos vagonetas, una de carga y otra de pasajeros, distante la una de la otra cuatro metros y medio. La de carga estaba en dirección perpendicular a la línea del cable, completamente apachurrada y con el cabezote en dirección a la estación de Aranzazu. La de pasajeros a unos cuatro metros y medio de la de carga y unos dos metros hacia afuera, parte occidental de la línea del cable, con el cabezote en dirección a una cañada que hay a unos doce metros más o menos. Esta vagoneta estaba completamente destrozada; dentro de ella había cuatro personas en una masa confusa, pues daba la impresión de un trabadillo los cuales todos ostentaban heridas fuertes. Todos estos individuos, a excepción de un niño, de unos catorce años de edad más o menos estaban completamente muertos. Inmediatamente fue abierta la vagoneta para lo cual hubo que voltearla, pues estaba de lado y sacados los cadáveres se halló que uno de ellos era el señor. . . . El otro cadáver es de Elías Urrea, natural de Carmen (A.) y vecino de este municipio y de unos sesenta años, hijo de Antonio Urrea (el nombre de la madre se ignora) el cual presenta completamente reventada la caja del cuerpo y en la frente una fuerte contusión. . . . El Alcalde, Cesáreo González B. Los peritos, Abel Betancur, Tomás Campo B. El Secretario, José Luis Ramírez A."

Esta diligencia aparece en el expediente sobre averiguación de las causas del siniestro ocurrido en Aranzazu el día 9 de mayo de 1937, radicado en el Juzgado 1º Superior de Manizales, cuya copia obra en el presente juicio, pedida como prueba, durante la segunda instancia. Igualmente fueron compulsadas de tal expediente, autorizadas por el respectivo funcionario y pedidas como pruebas durante la misma etapa procesal, copias de las diligencias de inspección ocular practicadas por el Juez de Aranzazu en el lugar del siniestro los días 9 y 10 de mayo, de la diligencia de autopsia de Elías Urrea y de las declaraciones de Misael Marmolejo, Guillermo Torres, Luis Alfonso Zuluaga y Luis

Eduardo Correa, de cuyas deposiciones se desprende el hecho y detalles de la tragedia ocurrida el 9 de mayo de 1937. Además, Zuluaga y Correa afirman que Elías Urrea se encontraba entre las víctimas de tal suceso. El hecho de que Urrea murió a consecuencia del siniestro quedó confirmado con parecer de los doctores Ricardo Mejía Jaramillo y Angel M. Riveros, quienes reconocieron el cadáver y ratificaron dentro del juicio sus conceptos.

La causa del accidente.

La causa del accidente se debió a que en los momentos de la tragedia no actuaba en la estación de Aranzazu más que un solo empleado despachador y recibidor, siendo necesarios para el buen servicio dos, máxime en horas —como aquéllas— de recargo en el tráfico, lo cual determinó que la vagoneta de carga que chocó con la de pasajeros y la arrojó a tierra desde grande altura, saliera mal despedida, no enganchara debidamente en el cable y se deslizase vertiginosamente produciendo la catástrofe.

Que no había en el momento del siniestro más que un solo empleado atendiendo al servicio, lo afirma Ramón Giraldo P. y Ramón López, este último empleado del cable a quien correspondía prestar en compañía de Gerardo González las funciones de carrero.

Los peritos Tomás Botero F. y Rafael Bayer, en su dictamen, pedido a solicitud del Fiscal, afirman: "Al punto a) La causa más probable para que las uñas de una vagoneta en perfecto estado no agarren el cable en el momento de despedirla es la de que por un descuido la vagoneta queda mal impulsada y que por oscilación de la misma tropieza, da un salto y caiga en las poleas por donde rueda al entrar y salir de las estaciones; esto puede ocurrir coincidentalmente pues puede caer en el intermedio entre las uñas y las poleas en el cable o bien al suelo. Al punto b) El motivo del deslizamiento de la vagoneta de carga fue el de haber salido

rodando en las poleas y no en las uñas".

De lo anterior se concluye que el accidente hubiera podido evitarse si la dirección de la Empresa establece vigilancia estricta sobre la manera como sus empleados ejercían sus funciones.

Se tiene en cuenta para fundamentar este fallo la diligencia de levantamiento del cadáver de Elías Urrea practicada por el Alcalde Municipal de Aranzazu en asociación de su Secretario y de los señores Tomás Ocampo B. y Abel Betancur en calidad de peritos, el día del siniestro. Tal diligencia fue traída a los autos en copia autorizada por el secretario del Juzgado 1º Superior de Manizales, durante el período probatorio de segunda instancia, y por solicitud del apoderado de la parte actora. El señor Procurador considera que ésta como las demás piezas traídas del expediente que se formó a causa de la investigación del suceso, no debe tomarlas en cuenta el juzgador por cuanto ellas se produjeron sin citación de parte contraria. Se expresa así el citado funcionario: "Los piezas traídas del proceso penal en averiguación de las causas del siniestro constituyen lo que los expositores han llamado pruebas trasladadas. Se ha discutido si esas pruebas pueden producir efectos en el proceso al cual se trasladan. No puede proclamarse una norma general y absoluta al respecto. Pero lo cierto es que no podrán generar tales efectos si los elementos de prueba trasladados no fueron producidos en el proceso a que pertenecían con intervención de la parte a quien se oponen. Si así no fuera se violaría el principio básico de que toda prueba debe ser producida con audiencia de la contraparte para que a su vez pueda producir efectos contra ésta".

Las ideas generales contenidas en el anterior aparte corresponden en un todo a la ciencia probatoria, pero no es menos cierto que el concepto de la prueba trasladada se refiere casi exclusivamente al testimonio, el cual si ha sido recibido en un juicio distinto y se precisa de él en un segundo o tercer juicio, es menester su ratificación durante el período probatorio

de aquél en que se quiere que surta sus efectos.

Muy distinto es el caso si se trata, no ya de un testimonio, sino de un documento auténtico, de aquellos que enumera el artículo 632 del C. J. Su operancia en juicio está condicionada al trámite procesal especialmente señalado por el legislador en el artículo 636 del mismo código. La diligencia practicada por el Alcalde de Aranzazu, a que se ha hecho referencia, debe calificarse como documento auténtico porque contiene los supuestos exigidos por el artículo 1758 del C. C. para adquirir tal categoría probatoria, esto es, haberse autorizado con las formalidades legales por un funcionario competente. Y la manera como se ha traído al presente juicio está ceñida en un todo al mandamiento procesal establecido por el citado artículo 636 del C. J.

Responsabilidad civil del demandado.

Que Elías Urrea viajaba como pasajero del Cable cuando el siniestro ocurrió es un hecho que se halla establecido con las pruebas ya examinadas anteriormente, y que se complementa con la consideración que aquí se agrega de que Urrea tomó puesto en una vagoneta de pasajeros que fue despachada con ese carácter de la estación de Aranzazu.

Aunque el demandante cita como fundamento de derecho, para asentar legalmente la responsabilidad del demandado, las disposiciones del Código Civil que se refieren a la culpa aquiliana, extracontractual, no puede la Corte desconocer que como origen de culpa y de responsabilidad se presenta y acredita la muerte de Elías Urrea cuando viajaba en su condición de pasajero del Cable Aéreo del Norte. Había, pues, en el momento del accidente, relaciones contractuales de acarreador y de pasajero, entre la empresa y la víctima del siniestro. Relaciones que no niega, sino que antes bien afirma el demandado y que se demostraron plenamente en el proceso. La omisión del actor, el no aducir como apoyo jurídico

de su demanda la responsabilidad contractual, no le quita al caso del juicio su peculiar característica de consistir en la violación posible de las obligaciones emanadas del contrato de transporte. Y por lo mismo la Sala adelanta el estudio que le corresponde hacer, sobre esa base necesaria en el pleito. A lo cual procede teniendo en cuenta, además, el principio de jurisprudencia que ordena al juez aplicar el derecho cuando el hecho se halla acreditado.

Es obligación del transportador de personas la de conducir las y ponerlas salvas y sanas en el lugar de su destino (artículos 2,072 y 2,073 del C. C. y 306 del C. de Co.), por lo cual pesan sobre él las llamadas obligaciones de seguridad, de las cuales sólo podrá eximirse probando la ausencia de culpa. "Quien contrata y asume así las respectivas obligaciones — ha dicho la Corte, G. J., número 1943, página 411 — afronta su cumplimiento y por lo mismo echa sobre sus hombros la carga de probarlo cuando por incumplimiento se lo demande". La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearla (artículo 1604 C. C.)

La Empresa del Cable Aéreo estaba obligada a conducir al pasajero Elías Urrea sin daño para su persona. Si el accidente que le ocasionó la muerte se produjo no obstante la diligencia y cuidado del acarreador, a éste le correspondía comprobar en el juicio los hechos constitutivos de tal modalidad. Y ello no se hizo. Por lo cual está en pie en el juicio la presunción legal de que la muerte de Urrea se ocasionó por culpa del transportador.

Aparece, en cambio, en el proceso establecida la falta de cuidado de la Empresa del Cable, por haber despachado en las circunstancias en que lo hizo, el día 9 de mayo de 1937, de la estación de Aranzazu hacia Muelas, una vagoneta de carga sin las condiciones de seguridad requeridas para evitar que se produjera el choque con la vagoneta de pasajeros; que causó el siniestro.

También se halla fundada en derecho la responsabilidad de la Compañía del Ca-

ble en la disposición del artículo 26, ordinal e) de la ley 76 de 1920, conforme a la cual las empresas férreas — a las cuales se asimilan las de cables aéreos por virtud del decreto 1741 de 1932 — deben indemnizar los daños que se causen a las personas que vayan en los trenes o estén en las inmediaciones de las vías, motivadas por descuidos, omisiones, o impericias de tales empleados.

Se halla comprobado igualmente que el Cable Aéreo del Norte es propiedad del Departamento de Caldas.

Y es jurisprudencia reiterada de la Corte la de que las entidades de derecho público deben responder por los daños provenientes de actos u omisiones de sus agentes, de la clase del que motivó el accidente de Aranzazu.

La indemnización

La demanda reclama como perjuicios la cantidad que se establezca por medio de peritos como valor del daño causado por la muerte de Elías Urrea a su viuda y a sus hijos.

El dictamen pericial fija el monto de la indemnización en la cantidad de \$ 3,578 de los cuales han de corresponder \$ 1,078 a perjuicios materiales y \$ 2,500.00 a perjuicios morales.

Conviene traer aquí la parte principal del dictamen de los peritos:

“Siete años son los fijados como supervivencia probable por las tablas de las Compañías aseguradoras para los individuos comprendidos entre los sesenta y setenta años. En nuestro medio un peón común gana un jornal de cincuenta centavos diarios y es de suponerse que Urrea debía trabajarlos; los jornales que de acuerdo con los trescientos sesenta días del año menos los cincuenta y dos domingos de las semanas que él tiene, o sea trescientos ocho anuales, son los que resultan de la multiplicación de esos trescientos ocho días por los siete años de supervivencia ya explicada y que a razón de cincuenta centavos diarios dan la cantidad de mil setenta y ocho pesos que es el re-

sultado de multiplicar los dos mil ciento cincuenta y seis jornales por los cincuenta centavos precio de cada uno.

“Ahora bien: Como la indemnización de perjuicios por daños causados debe tener por objeto el que con el dinero se procure al lesionado una satisfacción, ya que en la vida ordinaria éste tiene la función de proveer no solamente a las necesidades materiales del hombre, sino que con él se satisfacen también necesidades de otro orden, y siendo como era un padre de familia numerosa, es de entenderse que si bien el dolor experimentado por la muerte de Urrea y el desamparo de su familia no puede repararse con bienes materiales, sí se aminoran abriéndoles, gracias al dinero, una nueva fuente de alivio y bienestar.

“En otros dictámenes rendidos en negocios parecidos por la muerte de los señores José Abel Cardona, y José Eudoro Vásquez, no hicimos apreciación separada de los daños morales, porque consideramos que ellos quedaban satisfechos en el valor de los perjuicios materiales, pero como en el caso presente se trata de un padre de familia numerosa, y hemos visto que el valor de mil setenta y ocho pesos que de acuerdo con las cuentas hechas es la posible utilidad del finado, nos atrevemos a aumentar en la suma de dos mil quinientos pesos, que sumada a la anterior consideramos justa para que la familia Urrea, sienta siquiera resarcida en algo la terrible pena causada con la muerte de su padre.

“Por lo expuesto avaluamos en la cantidad de tres mil quinientos setenta y ocho pesos (\$ 3,578.00) lo que debe pagarse a la familia de Urrea por la muerte de su padre Elías Urrea en el siniestro del Cable Aéreo del Norte el 9 de mayo del año pasado”.

Perjuicios materiales

La muerte de Elías Urrea privó a su familia, en el orden material, de la asistencia o apoyo que él le prestaba. La finalidad de la ley y la de su aplicación no

son otras sino las de restablecer el equilibrio perturbado por el hecho culposo, substituyendo o reemplazando la prestación que venía haciéndose por la víctima directa del accidente en beneficio de sus allegados. La ley actúa, en orden al resarcimiento del daño, imponiendo una reparación que corresponda al bien de que se priva a los lesionados. La indemnización se dirige a obtener para aquéllos las mismas condiciones en que se hallarían si no hubiese ocurrido el hecho ilícito. En el caso que se considera, la indemnización se concreta a procurar a los deudos cierto bienestar que reemplace el que les arrebató la muerte de Elías Urrea. No es la vida de la víctima lo que se indemniza, sino el perjuicio que la falta de ella ocasiona a sus deudos.

El daño material sufrido por la viuda y los hijos de Elías Urrea, a causa de la muerte de éste, consiste en la privación del apoyo que él les prestaba a todos para su sostenimiento y en el eventual referente a la educación de sus hijos. La indemnización del perjuicio debe ordenarse a reemplazar esa asistencia del jefe del hogar.

Para lograr ese propósito es procedente el reconocimiento pedido en la demanda y que se hará teniendo en cuenta el avalúo pericial sobre el género de daño de que se trata, estimación que la Sala encuentra acertada, en razón de los cómputos y apreciaciones que allí se hacen. Debe, por tanto, satisfacer el demandado, por el concepto de daño material una prestación que asciende al valor del salario que recibía Elías Urrea, o mejor expresado, al que corresponde a los siete años de supervivencia calculada para él. El monto de esta indemnización es la cantidad de mil setenta y ocho pesos.

Es cierto que, por regla general, no es admisible que en casos como el que se analiza se compute para el cálculo respectivo el valor total de las entradas o ingresos que la víctima del accidente recibía por su trabajo, ya que, en buena lógica, si viviera tendría que destinar una parte de aquéllas para atender a sus gastos pro-

prios. Pero por tratarse aquí de un salario muy reducido, el de cincuenta centavos (\$ 0.50), estima la Sala como natural considerar que tan pequeña suma no admitió división en la práctica, sino que se aplicó en su integridad por Urrea para atender a las necesidades de su familia.

Los peritos estimaron en siete años la supervivencia de Urrea, en relación con la fecha del accidente y porque según las tablas de las compañías aseguradoras esa es la más probable para las personas de una edad comprendida entre los sesenta y los setenta años. Tal apreciación es acertada, porque en nuestro medio es lo común que a la edad de setenta años sobrevenga la incapacidad total para el trabajo.

El expediente contiene la comprobación bastante de que Urrea era excelente miembro de familia, que cumplía a cabalidad con sus deberes de esposo y padre.

Perjuicios morales

El daño moral ofrece dos aspectos diferentes según sea una persona atacada en su honor, su reputación, su consideración, en su patrimonio moral propiamente dicho; o bien en sus afecciones, en la parte afectiva del patrimonio moral. Se acepta de ordinario que el interés comprendido en la primera categoría, el interés moral, se halla jurídicamente protegido: la ley sobre prensa, que prevé y reprime la injuria y la difamación, así lo demuestra. Pero que el simple interés de afección justifique una reparación de orden pecuniario no es tesis que se admita generalmente.

La ley civil patria previene que el que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización. Daño es toda lesión en el patrimonio, y éste comprende bienes materiales y morales, derechos patrimoniales, propiamente tales y derechos extrapatrimoniales. El daño material y el moral, como lesiones del derecho, deben repararse.

Mas este postulado, tan fácilmente enunciable, de la reparación del daño moral, ofrece serias dificultades en su aplicación.

El presente fallo exige el examen, si quiera sea somero, de este tema, en orden a decidir con acierto sobre la petición de la demanda en que se reclama el pago de perjuicios por daño moral.

Refiriéndose al daño moral el notable expositor Georges Ripert, en su obra "La règle morale dans les obligations civiles", edición de 1935, se expresa así:

"No hay hoy ninguna duda en la jurisprudencia sobre el principio de la reparación del perjuicio moral. Los contornos de la teoría permanecen imprecisos, aunque con la norma de que es necesaria la reparación".

Sin embargo, el propio autor, admitiendo, como otros expositores admiten, que es necesaria la reparación del daño moral, parece manifestarse contra ella en estos términos:

"El daño moral resulta en realidad de la receptividad de la víctima. Es su sensibilidad la que lo determina. Un estoico de corazón duro no sufrirá por la muerte de un pariente; un amigo de corazón, experimenta un dolor extremo con la muerte de un amigo. Es por esto por lo que el número de víctimas en el daño moral es ilimitado; cada uno se cree víctima. La jurisprudencia se ha hallado en presencia de este problema a propósito del daño causado por la muerte y consistente en el ataque a los sentimientos de afección. Se ha encontrado seriamente embarazada. Si la pena experimentada constituye un daño que puede ser reparado por la indemnización, va a ser indispensable conceder reparación a todos los que sufran con la muerte e invitarlos a fijar ellos mismos la cifra que les parezca una suficiente compensación a su dolor! Pero sería profundamente inmoral decir que el que ha sido atacado en sus sentimientos se consolara de ese ataque gracias a la indemnización que recibiera". (Obra citada, número 181 y número 182).

Josserand, en el número 442 de su obra

"Cours de droit civil", edición de 1939, dice: "No obstante, nuestra jurisprudencia se halla bien establecida en el sentido contrario: ella estima que el interés de afección, como el interés moral propiamente dicho, pueden revestir el aspecto de un derecho y justificar una reparación pecuniaria".

Parece ocurrir que la falta de una diferenciación, necesaria e indispensable, entre las diversas clases de daño moral, según la naturaleza de éste, ha llevado confusión a las exposiciones de los tratadistas, por entender a veces el intérprete a la luz de aquéllas que allí se generaliza un concepto sobre todas las clases de daño moral. Esa generalización, que no es fundada filosófica ni jurídicamente, produce oscuridad y dificultad en el examen del asunto. Como no todos los daños morales son de idéntica especie, las normas para hacer su valoración tampoco son las mismas en todos los casos. Conviene detenerse en el estudio de este asunto, para ilustrar el criterio que debe regir la estimación del perjuicio moral.

Hay en torno al daño moral dos géneros de perjuicios: los que emanan de aquél en forma concreta, determinada o determinable, que pudieran llamarse perjuicios morales objetivados; y otros que son indeterminados o indeterminables, inasibles y abstractos, perjuicios morales no susceptibles de objetivación.

El daño moral es la lesión del patrimonio moral propiamente dicho o del patrimonio efectivo; de la "parte social del patrimonio moral", en los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales; de la parte afectiva, en los que hieren los sentimientos de amor en la familia. La injuria al honor o al sentimiento del amor filial puede ocasionar perjuicios morales inestimables por su naturaleza, y repercusiones objetivas del daño moral. El comerciante que pierde su reputación sufre una pena psíquica por la misma causa, daño éste inestimable pecuniariamente, y puede recibir también un daño moral que se manifiesta objetivamente en los menores rendimientos de

su negocio debidos a su inhibición para el trabajo, que lo hace menos productivo, y en la baja de sus entradas porque la pérdida de su crédito le trastorna su negocio. El hijo de un hombre que muere en un accidente experimenta el dolor o la pena naturales a la privación del afecto de su progenitor, pena subjetiva, psíquica, no objetivable; pero además puede sufrir, como consecuencia de su estado aflictivo o depresivo, una merma o disminución de sus facultades o aptitudes para el trabajo que reduzcan su esfuerzo y afecten consecencialmente su patrimonio.

El daño moral objetivado puede fácilmente repararse. Tal cosa ocurre con el perjuicio inferido a una persona en su patrimonio por la pérdida de su crédito causada por la difamación o por su inhibición para el trabajo; dicho daño es tangible, estimable con relativa facilidad, concretamente se llama patrimonio moral puede entenderse de los 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, protegidas 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". De conformidad con esta definición del daño moral, admitida por los más autorizados expositores, hay perjuicio moral cuando se vulneran intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran el patrimonio moral de una persona, en su parte social y en su parte afectiva, en su honor, por ejemplo, o en el sentimiento. Es la calidad de los bienes o intereses afectados lo que le comunica su naturaleza propia al daño, y no la circunstancia de que éste pueda tener una manifestación externa o material. Si se lesionan bienes del patrimonio moral hay daño moral; si

Pero no puede decirse lo propio del daño moral no objetivado.

Estas diferencias, en lo tocante a la indemnización por el daño moral, sugieren e imponen conclusiones diversas según sea el género del perjuicio.

Las repercusiones objetivas del daño moral han de indemnizarse siempre aplicándoles las normas que regulan la fijación y resarcimiento del perjuicio material. Se procura y se obtiene que ese perjuicio moral se objetiva y concreta, y por esa vía se llega a la reparación debida.

En esta categoría cabe la mayor parte del daño moral; muchos casos de perjuicios de esta clase se comprenden en ella, y por el procedimiento aquí señalado puede alcanzarse su reparación.

Al hablarse de la objetivación del daño moral, de sus repercusiones en un orden material, pudiera entenderse que se está desconociendo la existencia del daño moral, que éste no se reconoce y que únicamente el daño material es el que se acepta, desde que se contempla la objetivación de aquél. Pero esto no es así. De las dos grandes categorías en que se dividen los bienes jurídicos de una persona, patrimoniales y extrapatrimoniales, surgen dos

géneros de lesiones en ellos: las que afectan derechos patrimoniales y las que hieren derechos o bienes extrapatrimoniales. Los derechos de este último grupo son inherentes a la persona humana, como la vida, la libertad, el honor, los sentimientos afectivos; los bienes del patrimonio material están situados en un plano distinto, externo y extrínseco, en relación con la persona. El perjuicio moral — como lo ha expuesto la Sala de Casación de la Corte, en sentencia de quince de marzo último, juicio de José Joaquín Landazábal contra el Municipio de Bogotá, — “es el que proviene de un hecho ilícito que ofende, nó 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 puede entenderse de los 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, protegidas 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". De conformidad con esta definición del daño moral, admitida por los más autorizados expositores, hay perjuicio moral cuando se vulneran intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran el patrimonio moral de una persona, en su parte social y en su parte afectiva, en su honor, por ejemplo, o en el sentimiento. Es la calidad de los bienes o intereses afectados lo que le comunica su naturaleza propia al daño, y no la circunstancia de que éste pueda tener una manifestación externa o material. Si se lesionan bienes del patrimonio moral hay daño moral; si

los del patrimonio material, existe el daño de esta clase. Si se vulneran bienes inmateriales, intrínsecos, inherentes a la persona humana, se produce el daño moral; si se lesionan bienes extrínsecos, no inherentes a ella, se causa el daño material.

De donde se infiere que la objetivación del daño moral, en cuanto pueda hacerse para darle realidad procesal-jurídica, esto es, en sus manifestaciones materiales, constituye daño moral y no daño material. La enfermedad proveniente de la pena ocasionada por el ataque al sentimiento de afección y la depresión psíquica con el mismo origen y que produce inhibición para el trabajo, que consecuentemente afectan el patrimonio material, son daño moral objetivado, manifestaciones o efectos materiales de aquél, porque se derivan de una lesión en un bien perteneciente al patrimonio moral. El perjuicio considerado en toda esa gama consecencial del daño moral es perjuicio moral, aunque se presente en forma objetivada.

Debe observarse que hasta aquí el campo recorrido para la determinación del daño es cierto, seguro y no arbitrario.

No sucede lo mismo cuando se trata del daño moral no objetivado. En él se contempla un perjuicio puramente subjetivo. Es la pena misma, el dolor, el sufrimiento en el sujeto pasivo del daño lo que se considera. Hay en tales circunstancias un daño cierto, evidente, producido por el agente responsable del acto delictual o culposo.

No puede negarse que en las hipótesis ya vistas, de la injuria al honor del comerciante y de la muerte de un hombre, hay un daño de naturaleza subjetiva, el del dolor o la pena causados a la persona que sufre la difamación o a los deudos de quien perece en el accidente. A ese daño, que ataca el sentimiento del honor o el sentimiento de afección, en un orden subjetivo únicamente, cabe bien aplicar las observaciones hechas por Ripert, en forma que adolece de generalidad, pero que son adecuadas e inobjectables cuando se trata de ese género de daño moral. Si se

quisiera medir esa pena para evaluarla habría que llegar, como único medio para hacerlo, a la libre y arbitraria apreciación del presunto lesionado, que es quien puede decir la intensidad de su dolor. Cualquiera otra intervención dirigida a lograr ese objetivo sería ineficaz, porque es imposible someter a una escala de medida la personalidad psicológica, compleja y múltiple, de los agentes receptores del perjuicio moral.

Este daño moral no objetivado, inasible por su naturaleza, no puede reducirse a cifras ni traducirse pecuniariamente, si no se quiere caer en la más completa arbitrariedad. Por eso si de reparación del daño moral se trata, ha de admitirse que como tal no es posible lograrla sino en la medida de su objetivación.

En la zona del daño puramente subjetivo y social la reparación no se realiza completamente, porque es imposible alcanzarla, porque los sentimientos no se compran ni se venden, porque la estimación social y pública no es artículo de comercio, y porque el dinero es incapaz de restablecer el equilibrio espiritual alterado por la lesión emanada de esta clase de daño. Admitir el *proetium doloris* para compensar económicamente el daño subjetivo es aceptar un absurdo en lo moral y en lo jurídico.

Lo que no implica que el daño puramente subjetivo haya de quedar sin una satisfacción de orden pecuniario, como así la llaman Josserand y con él otros expositores.

Tal criterio de la satisfacción por el daño moral es el que se halla consagrado o previsto por la ley colombiana, en relación con la especie de daño de que ahora se trata. En efecto, al decir el artículo 95 del Código Penal que "cuando no fuere fácil o posible evaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos", parte de la base de la imposibilidad que existe de reconocer una indemnización completa del perjuicio, que no la daría

el dictamen de terceros, sino la estimación del propio lesionado, ya que el daño moral subjetivo resulta en realidad de la receptividad de la víctima, como lo observa Ripert. En el orden material el perjuicio se avalúa mediante el criterio general y humano; en el subjetivo, para que la reparación fuera completa, debería basarse en la estimación del lesionado. Mas si ésta rigiese, el **quantum** de la indemnización sería el que por aquel se señalase, y no se hallaría limitado a la suma que fija la ley. Sin embargo, el sistema colombiano es el que mejor armoniza con las concepciones más recientes del derecho y de los principios que dentro de él inspiran la reparación del perjuicio. Como ella no puede alcanzarse en forma completa, y aplicando las reglas ordinarias para la fijación del monto, se pronuncia la justicia ordenando una satisfacción, como se ha dicho, o haciendo la simple afirmación del quebrantamiento del derecho, ya que en el fenómeno jurídico que se analiza, como con propiedad lo anota Demogue, la indemnización representa "una necesaria afirmación de la injusticia cometida más que la reparación del quebranto causado al derecho de la víctima", "puesto que se trata de reaccionar contra el acto dañoso y en manera alguna de hacerlo desaparecer con una compensación". Por ser procedente la **satisfacción** de que se habla, y no la reparación común y completa establecida en la ley civil como norma general para todos los daños, el concepto de modicidad de la suma que ha de entregarse, según la ley nacional, es también acertado. Y queda, finalmente, por considerar en la norma legal a que se alude, la forma de disposición al arbitrio del juez, que allí establece, en orden al señalamiento del **quatum**. Este procedimiento es el aconsejable para estos casos, en que, dentro de una suma reducida, podrá el juez apreciar si las circunstancias del lesionado imponen la entrega de la cantidad total o de una parte o si ellas permiten o indican cómo mejor la mera condenación simbólica aplicada en algunas ocasiones por ciertos tribunales, a una cantidad in-

fima, que generalmente es la unidad más pequeña en la moneda respectiva, pero con cuya condenación se obtiene el propósito que se quiere alcanzar, según queda explicado.

Dedúcese de lo dicho que la ley patria que establece la indemnización del perjuicio moral subjetivo ha introducido en nuestro derecho positivo una reforma que traduce las más modernas concepciones jurídicas y que marca una evolución saludable en el campo complejo y arduo de la responsabilidad civil por los delitos y las culpas.

Resumiendo lo dicho en este capítulo sobre perjuicios morales, se tiene que ellos deben repararse, en general, mediante su objetivación; y que para el daño no objetivable se admite una pequeña satisfacción pecuniaria que se gradúa prudencialmente por el juez según las circunstancias de cada caso, dentro de la cuantía señalada en el artículo 95 del Código Penal.

Es la oportunidad de aplicar al caso del pleito lo expuesto sobre regulación de perjuicios morales no objetivados:

En la parte pertinente de su dictamen expresan los evaluadores cómo el justiprecio lo hacen en la cantidad de dos mil quinientos pesos (\$ 2.500,00) teniendo en cuenta que la víctima del accidente era un padre de familia numerosa. Esta consideración no es atendible para fijar el monto del daño, así se trate de perjuicio material o moral, porque, en la primera hipótesis el daño consiste en la privación del apoyo económico que Urrea le prestaba a su familia y que no puede aumentar en cantidad por ser aquella numerosa, ya que la capacidad de producción por el trabajo se hallaba limitada en Urrea al salario que recibía; y porque en la segunda hipótesis, todos los familiares de la víctima forman una sola entidad receptiva del daño.

Obsérvase además que el avalúo hecho por los peritos no es obligatorio, pues la ley (artículo 95 del Código Penal) deja

al juez la fijación prudencial de la cuantía.

Se considera asimismo que por tratarse de una satisfacción que ha de reconocerse en favor de los deudos de un trabajador a jornal, que derivaba todas sus entradas pecuniarias, para sí y los suyos, del esfuerzo de su trabajo diario, y que no dejó a su familia bienes materiales de fortuna, la justicia impone no hacer aquí una condenación simbólica o ínfima, que en otras circunstancias económicas de los lesionados sería suficiente satisfacción moral pecuniaria, sino decretar el pago por el monto total de la pequeña suma señalada en la ley.

No contiene el proceso dato alguno sobre perjuicios morales objetivados, y los peritos no aluden a ellos en forma alguna. Por tanto, no procede su reconocimiento en juicio.

Contiene la demanda, como petición principal la de que se condene al Departamento de Caldas a pagar a la viuda de Urrea y a sus hijos que allí se mencionan la indemnización a que haya lugar, y como petición subsidiaria la del mismo pago a la sucesión de Elías Urrea.

El expediente acredita ser la demandante María Rosa Gómez esposa legítima de Elías Urrea e hijos legítimos en ese matrimonio José J., Rosalía, Jesús Antonio, Mercedes, Inés, Ana Francisca Urrea. La demostración de aquellas vinculaciones entre el causante y los peticionarios autoriza a éstos para obtener la indemnización como lesionados con la muer-

te de Urrea y en su calidad de cónyuge e hijos de éste.

Resolución

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior de Manizales, y en su lugar falla:

Primero: Condénase al Departamento de Caldas a pagar, seis días después de la ejecutoria de esta sentencia, a María Rosa Gómez v. de Urrea, José J. Urrea, Rosalía Urrea, Jesús Antonio Urrea, Mercedes Urrea, Inés Urrea, y Ana Francisca Urrea, la cantidad de un mil setenta y ocho pesos (\$ 1.078.00) moneda legal por concepto de perjuicios materiales.

Segundo: Condénase igualmente al Departamento de Caldas a pagar, seis días después de la ejecutoria del presente fallo, a María Rosa Gómez v. de Urrea, José J. Urrea, Rosalía Urrea, Jesús Antonio Urrea, Mercedes Urrea, Inés, y Ana Francisca Urrea la cantidad de dos mil pesos (\$ 2.000.00) moneda legal en razón de perjuicios morales.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Arturo Tapias Pilonieta. — Manuel Pineda Garrido. — Srio. en ppdd.

PERJUICIOS. — RESPONSABILIDAD POR CULPA. — REQUISITOS PARA QUE SEA VIABLE LA ACCION DE RESPONSABILIDAD. — PERJUICIO ACTUAL Y PERJUICIO FUTURO. — PERJUICIO CIERTO Y PERJUICIO HIPOTEPTICO — DOCTRINA DE LOS AUTORES. — PERJUICIOS MORALES.

1.—Es principio universal de derecho civil que todo el que causa daño o perjuicio a otro está obligado a repararlo. 2.—Las entidades de derecho público al igual de las personas físicas, responden por los actos u omisiones de las personas que obran bajo su dependencia. 3.—Conforme al precepto del artículo 2356 del C. C., ha de presumirse que quien ejerce una actividad peligrosa, como lo es la explotación de una cascajera por medio de explosivos, en el radio urbano de una ciudad, es responsable de los daños que se causen con ocasión de tal actividad. Es norma general que cada uno responde de los perjuicios que cause por sus propios actos u omisiones. De ese principio básico parten los artículos 2341 y 2343 del Código Civil. Pero por razones de orden social se admite que una persona (física o moral) puede ser responsable civilmente de los actos u omisiones de otra que esté bajo su dependencia. De ahí que en nuestro Código Civil se consagre el principio de que toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquéllos que estuvieren a su cuidado (artículo 2347). Es, pues, incuestionable que en casos como el del pleito, la entidad de derecho público debe responder de los actos culposos de sus empleados.— 3.—No es indispensable para la viabilidad de la acción de responsabilidad que el perjuicio sea actual, pues puede ser futuro; lo importante, lo esencial es que sea cierto". Un perjuicio

puramente eventual o hipotético, dice Jossierand, no se toma en cuenta, por ejemplo, el pretendido perjuicio que resulta para una persona de la desaparición por accidente de un benefactor que le hacía con frecuencia obsequios susceptibles de ser suspendidos en cualquier momento". El mismo autor admite que no es necesario que el perjuicio sea actual; y que el Tribunal puede tomar en consideración un daño futuro cuya realización es cierta, como desarrollo de una situación desde el momento mismo. Y cita entre otros ejemplos el de estragos causados en las cosechas en vía de madurez. 4.—En concepto de la Sala no basta el carácter abstracto de acreedor alimentario para poder alegar la existencia de un perjuicio material por la muerte de aquel a quien se señala como obligado a prestar los alimentos. Los ascendientes legítimos figuran, evidentemente, entre las personas a quienes se deben alimentos. Pero no por el simple hecho de ser ascendiente se puede ejercitar la acción adecuada para obtener aquéllos. Precisa demostrar que quien los demanda carece de lo necesario para la subsistencia. Estima la Sala que si por el presunto damnificado no se da la demostración de que sobre la víctima pesaba la obligación de suministrarle alimentos, se carece de base para afirmar que a aquél se le ha privado de un beneficio cierto. — 5.—Entre los derechos patrimoniales se cuentan no solamente los que producen una utilidad económica, sino también los estrictamen-

te morales, como el derecho a la pública estimación (consideración social) y el tesoro de nuestras afecciones. Si se nos hiere en estas o se nos merma aquella, se nos causará un perjuicio moral. Cuando éste se objetiva no hay problema para su reparación; pero cuando el daño de que se trata no ha tenido repercusiones patrimoniales; cuando se sabe que existe, mas permanece inasible o no susceptible de prueba, se debe repararlo. Lo grave está en la determinación de la cuantía. Aunque la fijación del importe de ésta sea necesariamente arbitraria, observan Colin y Capitant, "sería aún más chocante que ninguna reparación viniese a compensar la pérdida; el ultraje, la perturbación moral sufrida por el demandante. Si el arbitrio del juez es siempre un peligro, la negativa de toda sanción contra el mal sufrido por obra de otro, sería, una injusticia escandalosa..." La dificultad de apreciación del daño no es una razón fundamental para negar la indemnización; tropezamos con ella también en materia de perjuicios pecuniarios y la jurisprudencia ha afirmado desde hace tiempo que ello no justifica el declarar sin lugar la demanda". La norma para fijar el monto de los perjuicios en este caso la da el artículo 95 del Código Penal, disposición que es aplicable al ramo civil.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, abril veintitrés de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Juan A. Donado V.)

Pedro Murcia y Alejandrina Castro, cónyuges entre sí, en su condición de padres legítimos del menor Pedro Enrique Murcia Castro, presentaron, con fecha 19 de mayo de 1938, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, demanda civil ordinaria contra el Departa-

mento de Boyacá, representado por el Fiscal del Tribunal para que previos los trámites de rigor sea condenado "a indemnizar plenamente por los perjuicios que se nos han desprendido ocasionados por la muerte trágica de nuestro menor hijo Pedro Enrique, muerto en su propia casa de habitación de resultas del uso, del empleo de tacos de dinamita en la explotación de la cascajera que maneja el Departamento de Boyacá, perjuicios e indemnización correspondiente que será fijada precisamente dentro del presente juicio, en la forma legal correspondiente y los cuales en total estimamos en la suma de ciento veinte mil pesos moneda legal y corriente, pago que se nos hará en la ciudad de Chiquinquirá o en el sitio que designe el Tribunal, dentro de los seis días posteriores a la ejecutoria de la sentencia que tal disponga. Segundo: a más de lo anterior, el Departamento de Boyacá se halla obligado a suspender definitivamente la explotación de la cascajera que se ha mencionado, por quedar situada sobre el área urbana de Chiquinquirá, y causar con su explotación en la forma como se ha venido haciendo, graves perjuicios a los asociados y a la ciudadanía en general, como el de la muerte de nuestro menor hijo ya nombrado".

A las anteriores peticiones precede lo que sigue: primero el Departamento de Boyacá con destino a las obras públicas que tiene bajo de su cuidado, y que actualmente se halla desarrollando en la ciudad de Chiquinquirá, emprendió por su propia cuenta la explotación de una cascajera, ubicada en el área urbana de la ciudad de Chiquinquirá, con el fin de extraer material, acto que se requiere para las obras de reparación y afirmado de varios sectores de calles y de carreteras, especialmente de la que arranca de la calle séptima de la nomenclatura urbana y que por la carrera tercera, conduce a la plaza de ferias de la ciudad; y de ahí a puente de Pinilla y al sitio denominado La Palestina, punto fronterizo entre los Departamentos de Boyacá y Cundinamarca. Segundo: La cascajera que el Depar-

tamento de Boyacá explota, y a que se refiere la anterior petición, se halla ubicada dentro del área urbana de la ciudad de Chiquinquirá, en una casa situada sobre la carrera sexta, entre calles segunda y tercera de la nomenclatura urbana, sobre la plaza de ferias de dicha ciudad, sector de la ciudad que se halla completamente edificado y densamente poblado, siendo ésta una de las principales vías urbanas de Chiquinquirá. Tercero: La mencionada cascajera es explotada por orden directa del Departamento de Boyacá, empleándose para su beneficio explosivos y dinamitas, de la más alta calidad destructora, constituyendo su empleo un verdadero peligro público y una fuente de siniestros culposos, que hacen plenamente responsable al Departamento de su uso y de su abuso. Cuarto: El Departamento de Boyacá venía haciendo la explotación de la mencionada Cascajera, desde varios meses antes al mes de abril del corriente año, explotación que posteriormente a los primeros días del mes de abril, continuó con grave peligro para la ciudad y para sus habitantes. Quinto: El día martes santo, fecha doce del mes de abril del corriente año de 1938, en el lapso de tiempo comprendido entre la una y media y dos de la tarde próximamente, del citado día, en la Cascajera que explota por su cuenta el Departamento de Boyacá, en la ciudad de Chiquinquirá, en el sitio y lugar ya especificados en anteriores peticiones, se sucedió una explosión inusitada y violenta y completamente sorpresiva. Sexto: De resultas de la explosión a que se contrae el hecho anterior, una piedra de siete libras aproximadamente de peso, fue levantada con violencia, la cual al caer dio sobre el cráneo de nuestro menor hijo legítimo de nombre Pedro Enrique Murcia Castro, el cual se hallaba en el momento de la explosión a que venimos refiriéndonos, dentro de su propia casa de habitación, la cual queda retirada de la Cascajera a que se ha venido haciendo mérito, causándole el choque que le produjo la pedrada, a más de la rotura craneal, del desbordamiento

de la masa cerebral, la muerte casi instantánea, de una manera trágica y conmovedora. Séptimo: La terrible muerte de nuestro hijo Pedro Enrique Murcia Castro, se debió exclusivamente, a la circunstancia derivada de que bajo la responsabilidad del Departamento de Boyacá, nuestro demandado, se ha venido por su cuenta explotando la mentada Cascajera, dentro de una zona urbana y poblada, usando para su beneficio dinamita y explosivos dentro de la misma Cascajera, sin tomar las precauciones de orden técnico y social, exponiendo la vida de los asociados y haciéndose de consiguiente plenamente responsable de los desmanes y atentados contra ajeno derecho que de la explotación de la nombrada Cascajera se derivan en perjuicio de terceros".

Como hechos básicos de la demanda se enumeran cuarenta y seis, pero hay varios presentados como tales que son meras apreciaciones jurídicas. Esos hechos pueden resumirse así:

Que la ciudad de Chiquinquirá, donde se desarrollaron los acontecimientos que han dado lugar a este pleito, pertenece al Departamento de Boyacá. Que el mismo Departamento emprendió la composición y reparación de una parte de la llamada carretera del norte o noreste en el sector boyacense comprendido desde la calle séptima de la nomenclatura urbana de la ciudad de Chiquinquirá, por toda la carrera tercera, pasando por el pie de la plaza de ferias de la misma ciudad, hasta el punto de La Palestina, en el límite con el Departamento de Cundinamarca. Que tal obra se llevó a cabo bajo el control directo del Departamento y con dineros del mismo, bajo la vigilancia de un ingeniero o jefe de obra. Que para la obra de que se ha hablado y para otras de carácter igualmente departamental, el Departamento de Boyacá explotó por su cuenta la Cascajera dicha situada en lugar completamente edificado, densamente poblado y sobre una de las arterias o vías de mayor afluencia de gentes en la ciudad. Que en la explotación de la Cascajera, que queda en el sector donde se halla la

casa de los demandantes, se ha venido empleando dinamita y explosivos de la más alta potencialidad. Que los demandantes están legítimamente casados, y en su matrimonio tuvieron como único hijo varón a Pedro Enrique Murcia Castro. Que este menor había descollado por su inteligencia sorprendente, por su juicio, su dulzura de carácter y por otras cualidades que lo hacían agradable y simpático y le auguraban un brillante porvenir. Que por todas las cualidades que le adornaban, los demandantes miraban en el menor una legítima esperanza, como un futuro apoyo tanto para ellos como para sus desvalidas hermanitas, pues ya el menor dedicaba sus horas de recreo y de descanso a labores manuales y artísticas con el fin de ayudar con el producto de estas obras a los gastos familiares. Que en la escuela se distinguió el menor por su conducta ejemplar, de tal manera que siempre se le otorgaban los primeros premios y las primeras menciones honoríficas. Que el niño dio muestras de precocidad desde que comenzó a aprender a leer y escribir. Que el menor fue educado por sus padres con todo esmero, y que en esta labor colaboraron todos los vecinos, todos los amigos y los superiores de los establecimientos donde se educaba. Que la muerte del menor Castro Murcia ha sumido a los demandantes en un profundo e intenso dolor, les ha tronchado una legítima y justa aspiración, ha dejado sin protección y sin amor un hogar donde era mirado como el modelo, como el jefe, no obstante su niñez, ha dejado sin apoyo para el futuro espiritual y económico la cercana vejez de los actores; ha dejado, en fin, un vacío irremplazable. Que el Departamento de Boyacá tenía bajo su inmediato control y vigilancia, las obras de explotación de la mentada Cascajera, pagando de sus arcas, a los jefes de la obra, al cuadrillero de la misma obra y a los peones y jornaleros, y suministrando directamente, la dinamita, fulminantes y demás explosivos empleados para la obra de explotación de la Cascajera. Que el doce de abril de 1938 en-

tre la una y cuarto y dos de la tarde explotó o reventó un violento taco o taladro de dinamita en la mentada Cascajera, la cual estaba explotando el Departamento en esa fecha. Que el Departamento de Boyacá faltó a la previsión al ordenar estallar un taco de dinamita que no podía soportar normalmente la Cascajera, y que con esa explotación se atentó contra los derechos y la vida de los vecinos y de los transeúntes. Que fue tal la calidad de explosivos que la polvareda y materiales que levantó fueron vistos a varias cuerdas de distancia, y que por consecuencia de la misma explosión una piedra fue arrancada violentamente y elevada a una altura superior a la de las torres de la Basílica de Nuestra Señora del Rosario de Chiquinquirá, para caer precipitadamente sobre la cabeza del menor Enrique Castro Murcia, quien se encontraba en ese momento en el patio de su casa de habitación. Que el martes santo, día de la explosión a que se ha hecho referencia, nadie fue avisado de que había peligro. Que la muerte del menor les ha producido a los actores perjuicios morales y materiales. Que la muerte del menor se debió única y exclusivamente a la explotación de la Cascajera por cuenta del Departamento de Boyacá.

“En derecho, dice el libelo, nos apoyamos así: orden civil sustantivo: artículos 4º, 8º y 13 de la ley 153 de 1887, 2341, 2347, 2349, 2356, 6º del C. C. y demás disposiciones concordantes. Orden civil adjetivo: artículos 76, numeral 2º, 156, 176, numeral 3º, 205, 207, 230, 250, ordinal 1º, 737 y siguientes del C. J., y en las demás disposiciones que sean análogas y concordantes con las enunciadas”.

Se corrió traslado de la demanda al abogado del Departamento, doctor Antonio Ramírez R., quien lo evacuó manifestando no constarle los hechos preliminares primero, segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto. El séptimo lo negó por no ser cierto, dijo. En cuanto a los puntos petitorios de la demanda, los contestó así: El primero. No convengo en el derecho que alega tener el demandante pa-

ra exigirle indemnización de perjuicios al Departamento, por hechos sucedidos sin culpa alguna de la entidad demandada. Me opongo en consecuencia a que se haga la declaración solicitada en este primer punto. No acepto la cuantía de la estimación de perjuicios hecha por los demandantes, y en consecuencia la objeto. Si algunos perjuicios existieren y por los cuales tenga que responder el Departamento, estos perjuicios deben fijarse en juicio separado, una vez que se declare culpable al Departamento o en el presente juicio, pero en forma legal, por medio de peritos. El segundo. Me opongo a que se declare, y niego el derecho que tengan los demandantes para hacer esta petición”.

En cuanto a los hechos fundamentales de la demanda los contestó aceptando el primero, el segundo y el tercero. Sobre los restantes, dijo no constarle unos, y no ser ciertos otros.

Terminó su contestación el abogado del Departamento proponiendo las excepciones perentorias de petición de modo indebido, carencia de causa e inexistencia de la obligación para demandar perjuicios.

Surtidos los demás trámites legales, se le puso término a la primera instancia con el fallo de 13 de marzo de 1939, por el cual se absuelve al Departamento de Boyacá de los cargos de la demanda.

Contra ese fallo la parte perdedora hizo valer el recurso de apelación, y como le fue concedido, y el negocio ha pasado en esta Sala de Negocios Generales de la Corte por el tamiz de las garantías que la ley procesal otorga a los contendientes, sin que, por otra parte, se observe ninguna causal de nulidad, es pertinente poner término a la segunda instancia con la sentencia de rigor, y a ello se procede con el auxilio de las consideraciones siguientes:

En esta, como en toda litis, la primera cuestión que se ofrece a la consideración del juzgador, es, después de lo atañadero a la competencia: los hechos presentados como básicos de la demanda generan

el derecho que se invoca? Luego, en caso de resolverse afirmativamente esa primera cuestión, surge esta otra: están probados tales hechos?

Para resolver la primera cuestión (limitada a la petición principal de la demanda), conviene destacar de los numerosos hechos que trae el libelo, lo sustancial a la eficacia del derecho. Para el efecto, la Sala reproduce la síntesis que el apoderado de los demandantes hace en su alegato de segunda instancia.

“a) El Departamento de Boyacá dio comienzo por su cuenta y con personal bajo sus órdenes, a la reparación de unas carreteras departamentales;

“b) Para atender a la obra de reparación de un sector de carreteras departamentales situado en el municipio de Chiquinquirá, el Departamento de Boyacá inició la explotación de una cantera ubicada dentro del perímetro urbano del municipio citado, explotación para la cual empleaba el Departamento explosivos de dinamita;

“c) El día doce de abril de 1938, en momentos en que el niño Pedro Enrique Murcia Castro se encontraba dentro del patio de su casa, situada a inmediaciones de la Cascajera, viendo descargar un poco de leña, más o menos entre la una y cuarto y la una y media de la tarde, recibió en la cabeza una piedra de varias libras de peso que le rompió el cráneo ocasionándole la muerte casi instantánea, piedra que provenía de la explosión de un taladro de dinamita en la cantera que en ese preciso momento el Departamento explotaba por su cuenta, con material suministrado por él y con personal bajo sus órdenes, dentro del área urbana de la ciudad de Chiquinquirá.

“d) Con motivo de la muerte del menor Pedro Enrique Murcia Castro, sus padres han sufrido perjuicios de todo orden, como que el niño era modelo de hijos, único varón del hogar, pleno de robustez y de salud, y excelente escolar, dotado de magníficas cualidades y atributos que hacían de él la más prometedora esperanza no sólo para sus padres. sino además

para sus hermanas y miembros de familia. En general, nadie tuvo queja de él, irreproachable fue su conducta, que era tenido como un modelo digno de imitar por cuantos lo conocieron”.

Es principio universal de derecho civil que todo el que causa daño o perjuicio a otro obligado viene a repararlo.

En esa máxima que nos legaron los jurisconsultos romanos se inspira el artículo 2341 del código civil colombiano que dice: “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”.

Y el 2356 que es, como lo ha dicho la Corte, complemento de la norma anterior y de la teoría que ella consagra, reza: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.

“Son especialmente obligados a esta reparación:

“1º El que dispara imprudentemente una arma de fuego;

“2º El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche;

“3º El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino”.

“Se deduce de la letra y del espíritu de ese precepto —ha dicho la Corte, Sala de Casación— que tan sólo se exige que el daño causado fuera de las relaciones contractuales pueda imputarse para que ese hecho dañoso y su probable imputabilidad al agente contraventor constituya la base o fuente de la obligación respectiva”.

A la luz de las disposiciones copiadas, y teniendo en cuenta que las entidades de derecho público, al igual que las personas físicas, responden por los actos u omisiones de las personas que obran bajo su dependencia, no cabe la menor duda de

que los hechos invocados en la demanda, conforme a los cuales el Departamento de Boyacá ocasionó un grave daño por su culpa, sí pueden generar el derecho que se persigue con la primera petición del libelo. Tales hechos son a manera de premisas de que forzosamente ha de partirse para poder deducir la responsabilidad extracontractual de quien se dice dio ocasión al daño por el cual se demanda perjuicios. En efecto, los requisitos necesarios para que pueda deducirse la responsabilidad civil en casos como el presente, se satisfacen con los hechos enunciados, de los cuales resulta un daño que se puede apreciar en dinero; que ese daño es imputable a culpa de la entidad demandada, y que existe un vínculo de causalidad entre esa culpa y el perjuicio sufrido.

Ahora se presenta la segunda cuestión planteada: Están probados los hechos aducidos como generadores del derecho invocado? Veámoslo. La explotación de la Casajera de que habla en la demanda, por cuenta del Departamento de Boyacá está acreditada con el siguiente documento oficial: “República de Colombia.—Departamento de Boyacá. — Dirección de obras públicas.—Tunja, septiembre 10 de 1938. En atención a lo solicitado por el doctor Guillermo Acosta, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el suscrito ingeniero jefe de sección de obras públicas, certifica: lo que en el archivo de la caja de la sección de obras públicas existe el comprobante número 2128, planilla de jornales de la carretera Chiquinquirá-La Palestina, correspondiente a la primera quincena de abril de 1938, obra consistente en afirmado, ‘preparación de piedra’ situada entre abscisas KO a KI e integrada por los siguientes obreros: Floro Suárez, trabajó del 1º al 12 de abril inclusive; Sixto Cabrerías, del 1º al 15; Carlos J. López, del 1º al 15; Aristides Rivera, del 1º al 15; Félix Salinas, del 1º al 13; Vicente Sánchez, del 1º al 15; Campo E. Rátiva, del 1º al 15; Secundino Neira, del 1º al 15 (no devengó el domingo 3); Manuel Pé-

rez, del 1º al 15 (no devengó el domingo 3). Estos obreros devengaron un jornal de \$ 0.55, a excepción de Floro Suárez, sobreestante quien devengaba \$ 1.00, Abelardo Rodríguez, herramientero quien devengaba \$ 0.66; el valor de la planilla asciende a la suma de \$ 84.90. Segundo, igualmente se encuentra una cuenta de cobro pagada al señor Carlos Rojas e imputada como gastos de la carretera Chiquinquirá-La Palestina por derechos de explotación de piedra para el afirmado de la obra en el sitio denominado La Fábrica durante el mes de marzo y quince días del mes de abril de 1938 por valor de \$ 8.80; y tercero, el Departamento explotó por su cuenta una Cascajera situada en la cabecera de la plaza de ferias, no recuerdo exactamente su ubicación en relación con la nomenclatura de Chiquinquirá.—Luis Pérez B.”

Mediante la prueba de inspección ocular practicada el 20 de septiembre de 1938, se dejó establecido lo siguiente: “Acto continuo el señor Juez resolvió recibir juramento a los peritos nombrados, quienes bajo la gravedad de la promesa prestada prometieron cumplir bien y fielmente con los deberes que el cargo les impone; acto continuo se procedió a reconocer la Cascajera en referencia y a someter a consideración de los peritos los puntos sobre los cuales deben dictaminar; una vez que los señores peritos, en asocio del personal del juzgado recorrieron la Cascajera y la casa en donde ocurrió el siniestro que ocasionó la muerte del menor Pedro Murcia, los señores peritos manifestaron: ‘de común acuerdo hemos convenido en rendir el siguiente concepto en referencia con los puntos que se han sometido a nuestra consideración: la Cascajera a que se refiere la presente diligencia se halla dentro del área de la población; en el costado occidental de la plaza de ferias; su puerta de entrada está distinguida con el N° 215 de la carrera sexta, de la nomenclatura urbana; en confluencia de la carrera cuarta con la sexta y entre calles segunda y tercera; el

lote de esta Cascajera linda por el sur con una fábrica de cervezas y con solar de la misma fábrica; por el occidente, o sea donde está la roca que se explota con predio no habitado; por el norte con casas y solares de tres propietarios distintos; al frente, o sea la parte oriental, linda con la carrera sexta de esta ciudad; la extensión próxima de la Cascajera en referencia es de 1.000 metros cuadrados; y con relación a la casa donde sucedió el acontecimiento, es la tercera de las que forman parte del lindero norte. La casa en donde ocurrió el accidente también está situada sobre la carrera sexta de esta ciudad; la distancia entre esta casa y la Cascajera, en el punto donde explotó el cuñero es de cuarenta y tres metros; hay entre las dos una diferencia de nivel, tomando como punto de referencia el barranco de la cantera y el solar que linda con la casa de Murcia, cuatro ochenta, en contra de la cantera; la Cascajera propiamente dicha está, como ya se dijo, dentro del área que ocupa una fábrica de cervezas gaseosas y a una distancia de la carrera sexta de treinta y nueve metros. Tanto la casa como la cantera están ubicadas dentro del perímetro urbano de esta ciudad. En la cantera se encuentran las huellas de que ha estado en reciente explotación. A juzgar por las muestras que aún quedan de los taladros, lo cual está indicando que se ha hecho su explotación por medio de explosivos. Y en la casa hay huellas de golpes en el tejado y los árboles, de golpes con fragmentos de piedra provenientes de la cantera”.

Los testimonios de Genoveva de Ospina y José Olegario Castro son muy precisos en lo que respecta a la situación de la casa en donde se explotaba la Cascajera por cuenta del Departamento de Boyacá. Dicen estos testigos que les consta que la casa de habitación del señor Pedro Murcia, situada en la plaza de ferias, se halla ubicada en la parte urbana de la ciudad. Que la Cascajera de que se trata se encuentra ubicada en el interior de la casa en donde actualmente funciona la fá-

brica de bebidas gaseosas conocidas con el nombre de La Imperial; que tanto la fábrica como la Cascajera situada en el interior de ella, se encuentran igualmente ubicados en el área de la población de Chiquinquirá; que el sitio donde actualmente vive el señor Pedro Murcia es el mismo donde su hijo fue muerto trágicamente y se halla densamente poblado; que ese sector a más de estar densamente poblado se encuentra edificado en casi su totalidad; que es la principal vía de tránsito que tiene la ciudad tanto por su paso obligado como por la cantidad de gente que a todas horas la transita a pie y en toda clase de vehículos.

“Dan cuenta de la explotación de la Cascajera, el día a que se refiere la demanda y de la muerte causada al menor Pedro Enrique Murcia Castro, los siguientes pasajes de las declaraciones que a continuación se transcriben en lo pertinente:

Olegario Castro. Es verdad que el Martes Santo próximo pasado, 12 de abril en curso, como a la una y media de la tarde y hallándome como a dos cuadras de la citada Cascajera, oí una explosión proveniente de tal sitio, que, como he dicho, queda en el interior de la casa donde funciona la fábrica de gaseosas La Imperial. Desde donde yo estaba no oí voz de alerta alguna, dada previamente por nadie y la explosión fue de tal intensidad y violencia como nunca se había registrado otra igual, en términos de haber levantado y elevado piedras a una altura superior a la de las torres de la Basílica de la ciudad, las cuales tienen aproximadamente una altura de treinta y cinco metros, circunstancia esta que puede apreciarse directamente porque tan pronto oí la explosión alcé la vista y ví la ascensión y descenso de varias piedras. Tan pronto, es decir, a otro momento de la explosión, yo salí a la calle y como me informaran que una de las piedras había matado al hijo de Pedro Murcia, fui allá y ya lo encontré cadáver, con el cráneo herido en forma terrible, y a consecuencia, según dicen

todos, del golpe dado por una de las piedras caídas con motivo de la explosión.

Avelino Laiton.—Me consta por haberlo presenciado que el día Martes Santo, a eso de la una y veinte o una y media de la tarde del expresado día, me hallaba en la casa del señor Pedro Murcia, situada en la plaza de ferias de esta ciudad, descargando un poco de leña que su esposa me había comprado. A la hora ya citada se hallaba viendo descargar la leña el niño Pedro Enrique Murcia Castro, hijo menor de don Pedro Murcia. A la misma hora cuando yo entraba la leña al patio de la casa, sonó una fuerte explosión de dinamita producida por el reventar de un taco puesto en una Cascajera inmediata. Me consta que la explosión fue súbita e inesperada, puesto que nadie advirtió el peligro que pudiera acarrear de la explosión del taco, sin saberse de consiguiente por nadie que el taco iba a explotar. Me consta que de resultado de la explosión, vino a caer sobre la cabeza del niño menor de don Pedro, ya citado, el cual estaba viendo descargar la leña dentro de su propia casa, una piedra, causándole la muerte casi inmediata. Por haber estado personalmente en el lugar de la desgracia y a la hora de ella, me parece que la trágica muerte del citado niño se debió exclusivamente a la explosión del taco de dinamita, el cual explotó sin haberse advertido a nadie del peligro. Es verdad y esto me consta por haber presenciado personalmente el citado día la manera como fue muerto el niño, puesto que estaba detrás de mí, muerte trágica que ocurrió en su propia casa de habitación como atrás queda dicho”.

Con la partida de origen eclesiástico está comprobada la defunción del menor Murcia Castro. Y con partidas del mismo origen se ha demostrado el vínculo matrimonial que une a los demandantes entre sí y su condición de padres del menor citado.

Después de examinar estas pruebas, y de concluir que está acreditada la personería sustantiva de los actores y el dere-

cho que les asiste para exigir la indemnización civil correspondiente al Departamento de Boyacá, por la muerte del joven Murcia, el fallo suplicado expresa lo que en seguida se copia:

“Está demostrada, pues, la explotación económica por el Departamento de Boyacá de una Cascajera dentro del área de población de la ciudad de Chiquinquirá en lugar muy frecuentado, que acusa la imprudencia en el ejercicio de tal actividad económica; que el 12 de abril de 1938, día en que ocurrió la muerte del joven Murcia Castro, hijo de los demandantes, se estaba explotando dicha Cascajera, y que entre la una y cuarto y las dos de la tarde estalló un taco de dinamita que levantó con excepcional violencia unas piedras de las cuales fue a caer una al patio de la casa de los demandantes, causándole la muerte al joven Murcia Castro, según afirmación hecha por el testigo de visus Avelino Laiton. Pero este mismo testigo dice textualmente en uno de los pasajes de su declaración transcrita atrás: “.....me parece que la trágica muerte se debió exclusivamente a la explosión del taco de dinamita...” No existe en todo el expediente —continúa el fallo apelado— otro dato que autorice a formar la convicción de que efectivamente la muerte del menor aludido, causa de la acción de perjuicios incoada, haya sido originada, precisamente, a consecuencia del golpe sufrido por la piedra proveniente de la explotación de la Cascajera, en las condiciones de que se ha hecho mérito.

“El demandante expuso en el hecho preliminar sexto, la causa petendi así: ‘De resultas de la explotación a que se contrae el hecho anterior, una piedra de siete libras aproximada de peso, fue levantada con violencia, la cual al caer dio sobre el cráneo de nuestro hijo legítimo de nombre Pedro Enrique Murcia Castro, el cual se hallaba en el momento de la explotación a que venimos refiriéndonos, dentro de su propia casa de habitación, causándole el choque que le produjo la

pedrada, a más de la rotura craneal, el desbordamiento de la masa cerebral, la muerte casi instantánea, de una manera trágica y conmovedora (subraya el Tribunal)’. Y es lo cierto que esta circunstancia no aparece configurada de autos, y falta por tanto la demostración de la existencia del vínculo de causalidad entre el perjuicio causado y el hecho que se pretende imputar al Departamento de Boyacá como causa del perjuicio mismo”.

El personero de los demandantes en esta segunda instancia alega que hubo inconsecuencia en el Tribunal a quo al absolver a la entidad demandada después del reconocimiento que hizo en el párrafo transcrito. Y atribuye a dos errores el que no se hubiese encontrado el vínculo de causalidad. Señala como primero “la desestimación o no consideración de las declaraciones de los demás testigos, quienes bajo la gravedad del juramento afirman que la muerte del menor Murcia Castro se debió, por así constarles, al hecho de haberle caído en la cabeza una piedra proveniente de la explosión de un taldro en la cantera que el Departamento explotaba por su cuenta en el preciso momento de la tragedia”.

Como segundo error anota la creencia del Tribunal de que en la parte final del hecho sexto se trata de una afirmación de carácter científico, siendo así que lo único que importaba demostrar era que la muerte del menor Murcia Castro se debió al hecho de haberle caído sobre la cabeza una piedra proveniente de la cantera a que se alude en la demanda.

En sentir del mismo apoderado de los demandantes, en este juicio se hallan reunidos “en su integridad absoluta” los requisitos que los doctrinantes y la jurisprudencia exigen para que proceda la acción encaminada a obtener reparación de perjuicios por responsabilidad civil extracontractual, es a saber: la culpa, los perjuicios y la relación o vínculo de causalidad entre el hecho culposo y el daño producido.

La culpa

Sobre este requisito expresa el mismo apoderado el concepto de que si por culpa debe entenderse según la definición de los hermanos Mazeaud, "el error de conducta en que no hubiera incurrido una persona prudente colocada en las mismas condiciones externas en que obró el autor del daño", no queda la menor duda de que el Departamento de Boyacá, por cuya orden y cuenta se explotaba la Cascajera en la forma que se ha visto, incurrió en aquella censurable falta. Esto es evidente, a juicio de la Sala.

La explotación de una cascajera, valiéndose para ello de potentes tacos de dinamita, en el perímetro urbano de la ciudad, de Chiquinquirá, en uno de los sectores de mayor tránsito, como se ha demostrado con plenitud, constituye gravísima falta de previsión, incalificable imprudencia que impone a su autor la obligación de indemnizar el daño ocasionado por tal conducta.

Conviene advertir que, cómo ha dicho la Corte en Sala de Casación Civil, el artículo 2356 transcrito, aplicable al caso del pleito, "establece una presunción de responsabilidad que origina y da nacimiento a la presunción de culpa extracontractual". Conforme a este precepto ha de presumirse que quien ejercita una actividad peligrosa como lo es la explotación de una cascajera por medio de explosivos, en el radio urbano de una ciudad, es responsable de los daños que se causen con ocasión de tal actividad. Establécese, como se ve, en la disposición comentada, la inversión de la carga de la prueba.

Es norma general que cada uno responda de los perjuicios que cause por sus propios actos u omisiones. De ese principio básico parten los artículos 2341 y 2343 del Código Civil. Pero por razones de orden social se admite que una persona (moral o física) puede ser responsable civilmente de los actos u omisiones de otra que esté bajo su dependencia. De

ahí que en nuestro código civil se consagra el principio de que toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado (artículo 2347). Es, pues, incuestionable que en casos como el que es materia del pleito, la entidad de derecho público debe responder de los actos culposos de sus empleados.

Los perjuicios

Sostiene el recurrente que de la actividad culposa del Departamento de Boyacá sobrevino la muerte trágica del menor, de la que es único responsable dicho Departamento, y la que ha aparejado a los padres del menor muchos y muy graves perjuicios de todo orden. "Los perjuicios materiales de los demandantes —continúa el recurrente— son manifiestos en el caso subjudice si se considera que a consecuencia de la trágica muerte de su único varón los esposos Murcia Castro han sufrido un empobrecimiento consistente en la pérdida de lo que su hijo, de no haber muerto en el mencionado accidente, hubiera producido para ellos o para los demás descendientes de tales esposos durante el probable término que hubiera vivido, habida cuenta de las aptitudes, de las excepcionales capacidades y gran inteligencia del citado menor. Son asimismo perjuicios materiales los gastos que han tenido que sufragar los demandantes no sólo en el entierro de su menor hijo, sino además en remedios para haber de recobrar su salud quebrantada por la pena: la disminución de sus energías para el trabajo y el consecuencial empobrecimiento para el futuro como secuela de ese agotamiento de sus energías para el trabajo.

"Los perjuicios morales se refieren, en el caso de autos, al patrimonio moral o extrapatrimonial y se traducen, como es obvio, en el gran dolor que los padres de la víctima han sufrido con la muerte trágica de su hijo".

Sostiene el personero de los demandantes que los perjuicios a que se refiere satisfacen las exigencias de la técnica, esto es, a) son ciertos, como que la situación de los demandantes se ha hecho manifiestamente precaria y como que son víctimas de hondo dolor por la muerte trágica de su único hijo varón; b) no han sido reparados; c) son personales de los demandantes, por lo cual éstos han hecho uso de la presente acción de reparación; d) implican violación de un derecho adquirido cual era el de gozar, así del afecto del hijo como del apoyo y de la protección que en el mañana hubiera de prestarles a ellos y a sus descendientes.

Como pruebas que acreditan los perjuicios materiales cita el recurrente las declaraciones de Ricardo Castilblanco, folio 37 v., cuaderno número 2; Margarita Villamil, f. 39; Sergio Pachón, f. 45; Eurípides Cárdenas, f. 45 v., y Julio Cortés, f. 46 del mismo cuaderno. Cita, además, las declaraciones con que se comprueba que el occiso era hijo único varón de los demandantes; las que demuestran que el menor estaba dotado de excelentes facultades intelectuales, morales, físicas y sociales.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, después de transcribir los hechos que presenta la demanda como generadores del derecho a la reparación del daño causado, se expresa de esta guisa: "El conjunto de elementos probatorios que contiene el proceso no permiten poner en duda que el hecho en referencia, objetivamente considerado, ocurrió. Tampoco entro a negar que entre ese hecho y la muerte trágica del menor Pedro Enrique Murcia Castro, hubo relación de causalidad. Muy especialmente las pruebas producidas en la segunda instancia ponen de manifiesto aquella relación, haciendo que no pueda encaminarse la defensa por esta vía.

"Pero bastará ello para que prospere la acción ejercitada? Considera el suscrito que no. Véase por qué:

"Aún admitiendo que el hecho, por ra-

zón de su peligrosidad innegable, llevara en sí la culpa de sus autores, no hay en el efecto producido elementos constitutivos de perjuicio o daño material que pueda obligar por ese concepto la responsabilidad civil del Departamento demandado.

"Trátase, en efecto, de la muerte de un niño de nueve años de edad. Mientras no se afirme y se pruebe lo contrario, debe presumirse su ninguna utilidad económica para los padres en la época del fallecimiento.

"Y ni los padres demandantes afirmaron tal en la demanda, ni mucho menos lo probaron durante el juicio. Impera por tanto la referida presunción.

"Si los demandantes no perdieron utilidad económica con la muerte de su hijo, no sufrieron daño patrimonial cierto. Y siendo este elemento esencial del perjuicio material, no puede prosperar la acción civil en cuanto a él se refiere.

"Pero se dirá que la utilidad económica para los padres, en la persona de su hijo, era futura, muy especialmente si se tiene en cuenta las muy buenas condiciones de éste, según dicen las pruebas.

"Admito que aquella utilidad habría podido llegar a producirse. Mas de ella no había certidumbre alguna. Era apenas probable, contingente. De donde se desprende que el daño material futuro en que se sustenta la acción no era cierto, sino apenas contingente. ¿De dónde, en efecto, asegurar que el patrimonio de los demandantes se enriquecería a ciencia cierta con la futura producción económica de su menor hijo?

"La certidumbre del daño material, ya sea presente o futuro, con relación al hecho que lo genera, es elemento esencial de la responsabilidad civil que de él pretende deducirse. Así lo proclaman los maestros del derecho moderno. Léase entre muchos a Henrique y León Mazeaud, sin duda los más autorizados expositores sobre la materia.

"En exigeant que le préjudice soit certain, on entend par là qu'il ne doit pas être simplement hypothétique, éventuel.

Il faut que le juge ait la certitude que le demandeur se serait trouvé dans une situation meilleure si le défendeur n'avait pas accompli l'acte qui lui est reproché".

Queda descartado, según lo expuesto, el perjuicio material o patrimonial que se pretende producido por el hecho materia del proceso, lo cual debe declararse expresamente en la sentencia para que él no sea objeto de ulterior regulación.

En cuanto al daño moral, que no aparece excluido de la demanda como fundamento de la responsabilidad civil alegada contra el Departamento demandado, no puede negarse su existencia. Es imposible, en efecto, negar que la trágica e inesperada muerte de un hijo de nueve años de edad causa a sus padres un profundo daño moral afectivo. Pero siendo este daño puramente afectivo, no generador de lesión patrimonial, se ha discutido si puede ser reparable en dinero. Los expositores arriba citados, y con ellos la mayoría de los modernos autores de la escuela científica, se pronuncian por la afirmativa. Entiendo que tal es la tendencia de la actual Corte Suprema de Colombia.

"Si así fuere, solicito con todo acatamiento que al pronunciar el fallo respectivo se limite la responsabilidad de la parte demandada al daño moral causado por el hecho materia del proceso, a fin de que a su regulación se contraiga el ulterior procedimiento preparatorio de la ejecución del fallo".

La Sala no comparte la respetable opinión del señor Agente del Ministerio Público en lo que respecta a los perjuicios materiales o patrimoniales. Cree, por el contrario, que sí procede, en el presente caso, la condena por tales perjuicios. En efecto, en el hecho cuadragésimo segundo de la demanda se dice: "La muerte de nuestro hijo, nos ha producido una pérdida moral irreemplazable, una pérdida económica efectiva, una disminución notabilísima de las perspectivas familiares, de las cuales es responsable únicamente el Departamento de Boyacá, nuestro demandado". Y sí está demostrado

en los autos la disminución patrimonial de los demandantes, según pasa a verse:

Ricardo Castilblanco dice: "Es un hecho cierto y evidente que el señor Pedro Murcia y la señora Alejandrina Castro de Murcia tuvieron cuantiosos gastos equivalente a sus pequeños ahorros y al valor de los bienes que tenían (sic), para el entierro del joven hijo suyo llamado Pedro Enrique Murcia, quien falleció trágicamente en esta ciudad y también para remedios para ellos por virtud del estado en que los dos quedaron a consecuencia de la muerte violenta de su hijo. Para esos gastos me vendieron a mí un pedacito pequeño de terreno que tenían, por un valor de quince pesos cincuenta centavos, y otro pedacito de tierra lo empeñaron con el mismo objeto, pero no puedo decir el valor por el cual se hizo la anticresis".

Margarita Villamil declara: "Es un hecho cierto y evidente que Pedro Murcia con posterioridad a la muerte de su hijo el menor Pedro Enrique Murcia Castro, ha tenido que hacer varios viajes a la ciudad de Tunja por motivos de salud".

Sergio Pachón expone: "Me consta directamente y personalmente que el señor Pedro Murcia, mayor de edad y vecino de este municipio, después de la muerte de su hijo Pedro Enrique Murcia y por la muerte de éste ha tenido que hacer un viaje a la ciudad de Tunja".

Eurípides Cárdenas depuso lo que sigue: "Me consta que el señor Pedro Murcia, mayor de edad y vecino de este Municipio hizo a Tunja un viaje después de ocurrida la muerte de su hijo Pedro Enrique Murcia Castro, pero desconozco los motivos que hubiera tenido para hacer tal viaje".

Julio Cortés atestiguó: "Me consta que los señores Pedro Murcia y Alejandrina Castro de Murcia tuvieron cuantiosos gastos equivalentes a la totalidad de sus ahorros y a la venta de sus terrenos, por un valor aproximado de quinientos pesos en total, con ocasión del entierro del menor Pedro Enrique Murcia, hijo de aqué-

llos, y de salidas al campo para restablecer su salud quebrantada a consecuencia del siniestro en que dicho niño pereció”.

Vistos los testimonios transcritos, no es posible desconocer a los demandantes la existencia de perjuicios patrimoniales con ocasión de la muerte trágica de su hijo tantas veces nombrado. Pero como en el juicio no se ha comprobado el monto de esos perjuicios, habrá que hacer la condena en abstracto, para que cuando se pida el cumplimiento del fallo, se haga la liquidación correspondiente, teniendo en cuenta los gastos de entierro, y de otro orden que tuvieron que sufragar los esposos Murcia-Castro con motivo de la desgracia que ha originado este pleito.

No puede tenerse en cuenta para la evaluación de los perjuicios materiales o patrimoniales, lo que el joven Murcia Castro, de no haber perecido en la forma ya vista, hubiera producido para sus padres o para sus hermanos durante el término que hubiera vivido y dada sus excelentes condiciones intelectuales y morales. Y no cabe tener en cuenta para la evaluación dicha lo que se acaba de expresar, porque uno de los requisitos para que pueda deducirse la responsabilidad civil, es la certidumbre del perjuicio. Ahora bien, quién, en el caso que se estudia, podría afirmar que el menor había de vivir tantos o cuantos años, y que, viviéndolos, habría producido para sustentar a sus más allegados familiares? Todo cuanto se piense y se diga a este respecto, es hipotético; lo que quiere decir que el perjuicio que se trata de deducir de semejante hipótesis no es cierto, sino eventual, y siéndolo, no procede, por este aspecto, la acción de responsabilidad. Según enseñan los maestros del derecho no es indispensable para la viabilidad de ésta que el perjuicio sea actual, puede ser futuro; lo importante, lo esencial es que sea cierto. Sobre el particular Jossierand dice lo siguiente:

“Es preciso también que el daño sea cierto. Un perjuicio puramente eventual o hipotético no se toma en cuenta, por

ejemplo, el pretendido perjuicio que resulta para una persona de la desaparición por accidente de un benefactor que le hacía con frecuencia obsequios susceptibles de ser suspendidos en cualquier momento”.

El mismo autor admite que no es necesario que el perjuicio sea actual; y que el tribunal puede perfectamente tomar en consideración un daño futuro cuya realización es cierta, como desarrollo de una situación desde ahora existente. Y cita entre otros ejemplos el de estragos causados en las cosechas en vía de madurez.

Los hermanos Mazeaud en su importante obra *Traité théorique y pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle*, dicen: “Al exigirse que el perjuicio sea cierto se quiere decir que no debe ser simplemente hipotético o eventual. Es preciso que el juez tenga la certidumbre de que el demandante se había encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera ejecutado el acto que se le imputa. Pero importa poco que el perjuicio de que se queja la víctima sea ya realizado o deba solamente producirse en el porvenir. Ciertamente cuando el perjuicio es actual, no hay dificultad: su existencia no deja duda. Pero un perjuicio futuro puede tener los mismos caracteres de certidumbre: a menudo las consecuencias de un acto son inevitables; ese acto debe necesariamente arrastrar un perjuicio en el futuro. No hay, pues, que distinguir entre el perjuicio actual y el futuro, sino entre el perjuicio cierto y el eventual e hipotético”.

Y adelante expresan: “Muy delicada es la cuestión de saber si el perjuicio material causado a una persona por la muerte o incapacidad para el trabajo que sufre otra, es cierto o, por el contrario, es hipotético.

“Ante todo, puede suceder que el demandante sea acreedor alimentario (tenga derecho a pedir alimentos) del difunto o incapacitado. El carácter de certidumbre del daño en ese caso es indudable.

“Es cierto en efecto que si el difunto no hubiera muerto o el herido no se hubiera incapacitado o disminuído su capacidad de trabajo, el difunto o el herido habrían subvenido a las necesidades del demandante. Este último habría podido, en efecto, constreñirlos en caso de necesidad. Perdiendo esa acreencia a los alimentos, pierde, pues, un beneficio cierto, experimenta un daño cuya existencia no es discutible”. Y concluyen que es necesario ser acreedor de alimentos para promover con buen éxito la acción encaminada a la reparación del daño patrimonial experimentado con motivo del fallecimiento del deudor de tales alimentos.

¿Pero bastará el carácter abstracto de acreedor alimentario para poder alegar la existencia de un perjuicio material por la muerte de aquel a quien se señala como obligado a prestar los alimentos? La Sala cree que no. Los ascendientes legítimos figuran, evidentemente, entre las personas a quienes se deben alimentos. Pero no por el simple hecho de ser ascendiente se puede ejercitar la acción adecuada para obtener aquéllos. Precisa demostrar que quien los demanda carece de lo necesario para la subsistencia. Estima la Sala que si por el presunto damnificado no se da la demostración de que sobre la víctima pesaba la obligación de suministrarle alimentos, se carece de base para afirmar que a aquél se le ha privado de un beneficio cierto.

Tampoco se puede tener en cuenta para la evaluación de los perjuicios patrimoniales, la disminución de sus energías para el trabajo que alegan los demandantes, pues sobre esto no dio ninguna prueba. Y cabe observar lo mismo sobre el consecuencial empobrecimiento para el futuro.

Perjuicios morales.

Los derechos civiles pueden ser patrimoniales que comprenden el derecho de las cosas y el de las obligaciones, y extrapatrimoniales que comprenden la personalidad y los derechos de familia. Es-

tos últimos pueden ser propiamente tales, como el derecho de patria potestad, y también patrimoniales, como el derecho de alimentos.

Aunque en rigor jurídico los derechos patrimoniales son los que tienen por contenido una utilidad económica, se ha aceptado, por una extensión de lenguaje, que patrimonio es también, como observa Ricci, nuestra integridad y actividad personal; el derecho a la pública estimación (consideración social), y el tesoro de nuestras afecciones. Si se nos hiere en éstas o se nos merma aquélla, es evidente que se nos causará un perjuicio moral. Cuando éste tiene repercusiones, es decir, cuando se objetiva, no hay problema. Se debe repararlo de acuerdo con las probanzas aducidas, y sin limitación en la cuantía. Pero cuando el daño de que se trata no ha tenido repercusiones patrimoniales; cuando se sabe que existe, mas permanece inasible, no susceptible de prueba, se debe repararlo, sí, por la razón que exponen Collin y Capitant y que se verá adelante, y además porque teniendo por objeto la acción la indemnización de daños y perjuicios, presenta, como lo observan estos expositores, un carácter pecuniario, y entra por esto al patrimonio. ¿Pero en qué cuantía deberá hacerse el resarcimiento? He aquí la grave cuestión que se presenta en el campo de los principios, y que se ofrecería al juzgador colombiano si no existiera la norma legal de que se hablará adelante, que sirve de norte entre nosotros para la solución del problema.

Como se ha visto, el señor Procurador Delegado en lo Civil acepta en el presente caso la existencia del daño moral. Y se vio también que éste lo hacen consistir los demandantes “en el gran dolor que los padres de la víctima han sufrido con la muerte trágica de su hijo”.

No se discute ya el derecho a una reparación por el daño moral. Está consagrado en algunas legislaciones, entre las cuales figura la colombiana. Y es que cuando la ley obliga a resarcir todo daño

del hombre que ocasione perjuicios a otro, no distingue: cualesquiera que sean los derechos (patrimoniales o extrapatrimoniales) a que ese daño afecte, procede la acción de responsabilidad civil para las indemnizaciones correspondientes. Pero como el tal daño puede afectar el derecho a la consideración social (lo que pudiéramos decir patrimonio del buen nombre), o el patrimonio afectivo, sin llegar a objetivarse, algunos autores niegan que en este evento —por tratarse de daño inasible y por lo mismo no susceptible de ser avaluado en dinero— pueda haber lugar a una reparación pecuniaria.

El fundamento principal que les asiste para negarla es que la fijación de su importe tiene que ser necesariamente arbitraria. Eso es así sin duda; pero como lo observan Collin y Capitant “parece que sería aún más chocante que ninguna reparación viniese a compensar la pérdida; el ultraje, la perturbación moral sufrida por el demandante. Si el arbitrio del juez es siempre un peligro, la negativa de toda sanción contra el mal sufrido por obra de otro, sería una injusticia escandalosa”.

Sobre el punto en examen, Plauiol y Ripert traen lo que sigue: “Se ha obtenido que un perjuicio moral no es susceptible de reparación adecuada por medio de una indemnización en dinero, y que cualquier suma constituiría para la víctima una pura ganancia y para el condenado una pena privada. Pero, ¿cómo negar esa suma cuando consideramos que, por el empleo útil que la víctima pueda darle, se atenúan sus sufrimientos? Por otra parte, la distinción clásica entre daño pecuniario y daño moral no podrá hacer olvidar que todo perjuicio nos afecta sólo en tanto nos produce un sufrimiento, que frecuentemente el daño pecuniario sólo nos afecta debido a la molestia que nos produce y que en cambio, la depresión moral puede ocasionarnos un perjuicio pecuniario.

“.... La dificultad de apreciación del daño no es tampoco una razón fundamental para negar la indemnización; trope-

zamos con ella también en materia de perjuicios pecuniarios y la jurisprudencia ha afirmado desde hace tiempo que ello no justifica el declarar sin lugar la demanda.

“Más grave es la crítica acerca de lo impropio que resulta alegar ante los Tribunales para traducirlos en dinero, sentimientos que precisamente deben distinguirse, al parecer, por su carácter desinteresado. Pero esto solamente es exacto para algunos casos de perjuicio moral”.

Según afirman los traductores del Tratado de Derecho Civil de Ennecerus “la jurisprudencia del T. S. después de algunas declaraciones contrarias (como la de la S. de lo criminal de 6 de diciembre de 1882 que negó la indemnización al ofendido por no ser valorable el honor, y la de la S. de lo civil de 11 de marzo de 1899 según la cual no son indemnizables los disgustos), proclamó resueltamente el principio de la compensación pecuniaria del daño moral en la famosa sentencia de 6 de diciembre de 1912, invocando precedente del derecho patrio (ley 21, título IX de la partida 7ª) y considerando su reconocimiento implícito en los principios jurídicos que definen el daño. La doctrina de esta sentencia se confirma por la de 14 de diciembre de 1917, 15 de octubre de 1920, 12 de marzo y 10 de julio de 1928 y 31 de marzo de 1931. La fijación de la cuantía de los daños se remite en esa sentencia al criterio prudencial”. Advierten los expresados traductores que las resoluciones mencionadas fueron proferidas en pleitos sobre daños al honor, reputación o crédito de las personas; pero sentando el principio — dicen — nada impide referir su doctrina a cualesquiera otros daños de carácter moral.

Aparece de autos, con declaraciones contextes, que los esposos Murcia Castro experimentaron un gran dolor con la muerte trágica de su único hijo varón, en quien tenían fincadas muy legítimas esperanzas. Y aunque esa prueba no se hubiese dado, el hecho habría que presu-

mirlo, por estar de acuerdo con los dictados de la naturaleza. Aún en ciertos irracionales se puede observar el sentimiento de dolor que les embarga cuando se les arrebatata la cría. Pero no se ha acreditado, ni podía acreditarse, el monto de los perjuicios que le hubiera causado a los demandantes ese gran dolor de que hablan y que la Corte acepta como hecho incontrastable. Habrá, pues, que acudir, para la fijación del monto de tales perjuicios al arbitrio judicial. Tarea esta difícil y delicada en extremo, como que si se ejercita sin la debida prudencia, puede conducir a deplorables injusticias.

Qué criterio habrá de seguirse para evitarla, para que el *precium doloris* de que habla Jossierand o el dinero del dolor a que alude Ennecerus no resulte explotación indebida? Qué barrera oponer al arbitrio judicial para evitar las inconsecuencias, los abusos a que es ocasionado?

Hay una norma en nuestro derecho positivo que sirve de orientación al juzgador en los casos de daño moral no objetivado. El artículo 95 del Código Penal estatuye: "Cuando no fuere fácil o posible evaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos".

Si, pues, tratándose de daño moral ocasionado por un delito, el arbitrio del juez encuentra, en el artículo copiado, una valla que no puede traspasar, con mayor razón ha de suceder así cuando de simple culpa se trata. Pero, se dirá, esa disposición no puede trasplantarse al terreno civil. Su radio de acción está restringido al campo penal. Se responde: en la condena por el daño moral ocasionado por el delito, el juez penal actúa a virtud de fenómeno de la extensión de la jurisdicción, que le da competencia para conocer de cuestiones civiles vinculadas al proceso criminal. Una de esas cuestiones, es el resarcimiento del daño moral causado por la infracción de la ley penal, puede ser materia de litis ante el juez civil, en

el evento previsto por el inciso segundo del artículo 25 del Código de Procedimiento Penal.

Destacados juristas estiman que el resarcimiento por el daño moral no objetivado, el que —como se ha visto— no es susceptible de evaluación en la forma común, más que el de una indemnización propiamente dicha, tiene el carácter de afirmación o reconocimiento del derecho violado, y de ahí concluyen que en la eficacia de ese reconocimiento no debe influir la cuantía. Puede ser ínfima, un franco, como lo han hecho algunos tribunales franceses, y queda satisfecha la justicia, en algunas ocasiones. Los perjuicios que se cobran, se dice, son satisfactorios, no compensatorios. Es por ello, por lo que la jurisprudencia se orienta en el sentido de reducir lo más posible el monto de la indemnización por el daño de que se trata. Guiado, sin duda, por ese criterio, el legislador colombiano fijó en el artículo 95 citado, como máximo del resarcimiento por dicho daño, la módica cantidad de dos mil pesos.

Se ha dicho al hablar de la fijación mínima del monto de los perjuicios que con ella se satisface la justicia en algunas ocasiones. Y se ha empleado la frase subrayada porque no siempre corresponderá a los dictados de la equidad la indemnización simbólica, que no otra cosa es la condena a un franco a que se aludió arriba. Está bien que así se proceda en aquellos casos en que por las condiciones pecuniaras del demandante, pueda el juez estimar que aquél encuentra alivio en su pena con la simple afirmación de que se le ha lesionado en su ser afectivo. Pero cuando la víctima, el damnificado, no se halla en las condiciones apuntadas, cuando las de estrechez que le rodean no le permiten disipar la pena por medio de viajes u otras recreaciones, fáciles de conseguir con el dinero, resultaría irrisorio el resarcimiento por valor de un franco. Por este aspecto se ve también la necesidad de que se deje al criterio del juez la apreciación del daño no objetivado.

Con el criterio expuesto y dadas las excelentes prendas intelectuales y morales que adornaban al niño Murcia, la Sala encuentra equitativo fijar en dos mil pesos la indemnización que se debe a los demandantes, en concepto de daño moral, por la muerte trágica de aquél.

Nexo Causal

Que la culpa imputable al Departamento de Boyacá fue efectivamente la causa de los perjuicios cuya reparación se demanda, es cuestión que no deja la menor duda, si se considera que si el hecho culposo no hubiera ocurrido, aquellos perjuicios no se habrían ocasionado.

El concepto del Tribunal de que no existe en el presente caso la relación de causalidad, se funda en que fuera de la declaración de Avelino Laiton, no hay en el expediente otro dato que autorice la convicción de que efectivamente la muerte del menor, causa de la acción de perjuicios incoada, hubiese sido originada, precisamente, a consecuencia del golpe dado al menor por una piedra proveniente de la explotación de la Cascajera.

Observa la Sala: evidentemente sólo un testigo, el citado Laiton, presencié cuando la piedra que cayó a raíz de la explosión en el patio de la casa de los demandantes, dio muerte al niño Murcia. Pero hay un cúmulo de testimonios acordes en que el día del desgraciado suceso ocurrió una fuerte explosión en la Cascajera tantas veces citada, superior a cuantas hasta entonces habían ocurrido, y que inmediatamente después se corrió la voz de que una piedra proveniente de la Cascajera que explotaba el departamento, había caído en el interior de la casa de los esposos Murcia Castro, en donde se encontraba el menor hijo de éstos, Pedro Enrique Murcia Castro, quien pereció víctima del golpe que recibió al chocar sobre su cráneo la dicha piedra. De la inspección ocular practicada resulta que en la casa ya nombrada se encontraron huellas de haber caído en ella fragmentos pro-

venientes de la Cascajera de que ya se ha hablado. En la segunda instancia se adujeron varios testimonios tendientes a demostrar que inmediatamente después de la explosión resultó muerto en el patio de su casa por el golpe de una piedra proveniente de la Cascajera que explotaba el departamento, el niño Pedro Enrique Murcia Castro. Uno de los testigos, José Murcia, dice que alcanzó a ver piedras de gran tamaño volar en distintas direcciones, una bastante grande la vio caer como en el interior de la casa del señor Pedro Murcia. "Evidentemente —dice— instantes después de que ví caer la piedra en el interior de la casa del señor Pedro Murcia sentí que la señora de éste pedía auxilios y en tal virtud entré dentro de la casa en cuyo patio ví al joven Pedro Enrique Murcia Castro en estado agónico, con el cráneo fracturado por habérselo roto una piedra, probablemente la que ví caer procedente de la cantera. Es un hecho evidente —continúa el testigo— que al lado del cuerpo del niño Pedro Murcia Castro se encontraba cuando entré dentro de la casa de Pedro Murcia el día y en las circunstancias a que me he referido, una piedra grande con huellas de sangre fresca y cabellos adheridos".

Juan Evangelista Páez expuso: El día Martes Santo, 12 de abril de 1938 iba yo pasando por en frente de la casa del señor Pedro Murcia, cuando me llamó el señor médico legista para que le sirviera de testigo en una diligencia como a la una y media de la tarde. Efectivamente entré dentro de la casa del señor Pedro Murcia y encontré a un joven, hijo de éste, de nombre Pedro Enrique Murcia, tendido, agonizante, con el cráneo fracturado a consecuencia de una piedra que le había caído procedente de una explosión de la Cascajera vecina de la casa, situada en la plaza de ferias de esta ciudad, que por entonces explotaba el departamento. Evidentemente, cerca del cuerpo del joven se encontraba una ~~piedra que~~ por su apariencia daba la sensación de que acababa

de salir de la cantera; y tenía dicha piedra un poco mayor de una libra y estaba impregnada de sangre fresca y de pelos de una persona”.

Victoria Ballesteros depone en términos semejantes.

Jorge Nieto Forero declaró: “evidente cerca del cuerpo del niño Pedro Enrique Murcia Castro a quien me referí en la respuesta anterior, había en el patio de la casa una piedra de bastante libras de peso, proveniente de la Cascajera vecina, por el color negro especial que caracteriza la piedra que allí se explota, recientemente explotada porque el color profundamente negro así lo indicaba, de un peso como de seis libras e impregnada de sangre fresca y de cabellos de mismo color de los de la cabeza del niño. Las gentes que estaban allí decían que la piedra en referencia le había dado muerte al joven, luégo de haber roto un gajo de durazno que efectivamente estaba también al lado del cuerpo”.

Cristina Páez de Rojas testimonió que a consecuencia de la violenta e inusitada explosión, se levantaron en todas direcciones pedazos de piedras o cascajo a grandes alturas, uno de los cuales cayó en el patio de la casa de Pedro Murcia. La testigo vio la piedra y pudo observar que estaba ensangrentada.

No es posible, en vista de tales documentos, desconocer el nexo causal o relación de causalidad que echó de menos el sentenciador de primer grado.

Segunda petición de la demandada

Sobre este punto el fallo recurrido trae lo siguiente:

“Dice el peticionario ‘a más de lo anterior, el Departamento de Boyacá, se halla obligado a suspender definitivamente la explotación de la Cascajera que se ha mencionado, por quedar situada sobre el área urbana de la ciudad de Chiquinquirá, y causar con su explotación, en la forma como se ha venido haciendo, graves perjuicios a los asociados y a la ciudadanía en general, como el de la muerte de nuestro hijo menor ya nombrado’.

“Como hecho jurídico sustancial se expone el siguiente pasaje del séptimo hecho preliminar: Séptimo se ha venido por su orden (del departamento de Boyacá) explotando la mentada cascajera, dentro de una zona urbana y poblada, usando para su beneficio dinamita y explosivos dentro de la misma cascajera, sin tomar las precauciones de orden técnico y social exponiendo la vida de los asociados’ y, en cuanto a éste último hecho preliminar dijo el abogado del Departamento de Boyacá, doctor Ramírez, al contestar la demanda:

‘El séptimo. No es cierto, lo niego para que se pruebe. El departamento tomó todas las precauciones para evitar perjuicios a terceros. Nadie queda obligado por lo que sucede sin culpa’ y respecto al segundo punto petitorio que ahora se analiza expuso:

‘El segundo. Me opongo a que se declare, y niego el derecho que tengan los demandantes para hacer esta petición’.

“El apoderado de los demandantes, en su alegato de conclusión, refiriéndose a éste punto concreto, razona como sigue:

‘Por lo que hace a la ‘suspensión’ o mejor al cierre de la Cascajera en Chiquinquirá, demandada en la segunda súplica, tiene la petición sólido fundamento legal en el artículo 2359 relacionado con el 1005 del Código Civil. Debe, pues, prosperar’.

“En el dictamen de los peritos, rendido en la diligencia de inspección ocular practicada por el juzgado primero civil del Circuito de Chiquinquirá, por comisión del Tribunal, el 20 de septiembre del año pasado afirma:

‘La explotación de la cascajera por medio de explosivos y teniendo en cuenta las distancias anotadas con anterioridad, indica que casi está en peligro de ser afectada con las piedras que se levantan y salen a distancia al explotar los cuñeros. Asimismo consideramos que están en inminente peligro las casas inmediatas y los transeúntes de la carrera sexta de

esta ciudad que transitan por ese sector que por lo demás, es bien concurrido'.

"Este dictamen pericial es deficiente en esta parte por cuanto que no determina la cantidad de los perjuicios, ni establece en qué pudieran consistir para efecto de la acción pública incoada en el pedimento segundo. Además, no sería procedente el ejercicio conjunto de la acción pública y la privada para establecer la responsabilidad civil extracontractual (sic) de la entidad demandada por los mismos perjuicios.

"Dice el doctor Fernando Vélez comentando el artículo invocado: (Tomo IX, Estudio sobre el derecho civil colombiano):

'13. Además de la acción que puede llamarse individual, porque no puede ejercerla sino el respectivo interesado, para reclamar perjuicios por daños en las cosas, la ley otorga en ciertos casos la acción popular, esto es, en favor de cualquiera persona, respecto de daños contingentes que amenacen a todo el mundo.

'Según el artículo 2359 por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción.

'El artículo 2333 del código de Chile comienza diciendo: "Por regla general se concede acción popular". En lo demás es igual al 2359. El 1005 habla de la acción popular, otorgada especialmente en el caso del artículo 990.

'La Corte Suprema, en auto de 24 de septiembre de 1891 (G. J. número 302), dice que dicha acción no la tiene toda persona que pueda tener interés más o menos directo en alguna cosa, hecho u omisión, si el caso no está expresamente previsto por la ley.

'La acción popular que otorga el art. dos mil trescientos cincuenta y nueve parece que no tiene objeto sino impedir el daño que amenace a cualquiera persona, pero causado el daño, sólo los perju-

dicados con él tienen acción para que se les indemnice los daños correspondientes. (Tomo 3º, Nos. 768 y 769).

'14. Dice el señor Vera hablando del artículo 2333: "Al tratar el artículo 2328 (2355) indicamos un caso en que la ley da la acción popular. Además ella existe en general en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas determinadas; pero si la amenaza es contra persona determinada, no puede intentarse acción popular. Ella existe sólo en favor de la persona amenazada'.

"Debe, pues, ser negada la segunda petición de la demanda".

Para la Sala no hay ninguna deficiencia en el dictamen pericial. Allí se precisa que están en inminente peligro las casas inmediatas y los transeúntes de la carrera sexta de la ciudad de Chiquinquirá que transitan por ese sector que por lo demás es bien concurrido. Es decir, se prevee en la diligencia de inspección ocular un daño contingente, que puede afectar a cualquiera de las personas que transitan por el sector señalado como peligroso.

La acción popular ejercitada por los demandantes con apoyo en el artículo 2359 del Código Civil, no se encamina a obtener reparación de perjuicios. Enderézase a evitar el daño contingente de que se ha hablado, daño que por imprudencia o negligencia del Departamento de Boyacá, amenaza a personas indeterminadas, entre las cuales pueden encontrarse, desde luego, los propios demandantes.

Por el daño ya causado como consecuencia de aquella imprudencia o negligencia, los demandantes han promovido la acción privada competente. No ve la Sala inconveniente alguno de orden legal para que conjuntamente se entablen, como lo han hecho los demandantes, la acción privada encaminada a la reparación de los perjuicios que les ha ocasionado el Departamento de Boyacá con motivo de la explotación de la casajera de que se viene hablando, y la acción pública en-

derezada a impedir, mediante la suspensión de los trabajos, que se causen nuevos daños con aquella explotación reconocidamente peligrosa e imprudente, dada la forma como se lleva a cabo (con potentes tacos de dinamita) y lo concurrido del sector en que se opera.

Si, como se reconoce en este fallo, la explotación de que se trata, en las condiciones vistas, constituye grandísima falta de previsión, incalificable imprudencia, no tendría justificación desconocer el derecho de cualquier vecino a pedir que se suspenda un trabajo que constituye permanente amenaza, si se sigue ejecutando en forma imprudente. Esta es una cuestión que podría decidirse por las autoridades administrativas, ya que en todos los Códigos de Policía departamentales, se establece la prohibición de ejecutar trabajos de la índole de la referida explotación, dentro del perímetro urbano de las poblaciones, sin las debidas precauciones.

Si, pues, desaparecen los factores que hacen imprudente la explotación, ésta podría continuar controlada por la Policía.

Excepciones propuestas.

Se hicieron valer las de petición de modo indebido, carencia de causa, inexistencia de la obligación; pero ninguna aparece demostrada.

Decisión:

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 fallo suplicado y en su lugar resuelve:

1º El Departamento de Boyacá está obligado a indemnizar a los esposos Pedro Murcia y Alejandrina Castro de Murcia los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que les ha causado con motivo de la muerte trágica del menor Pedro Enrique, hijo de los demandantes, ocurrida en su propia casa de habitación de resultas del empleo de tacos de dinamita en la explotación de la cascajera que manejaba el Departamento de Boyacá. La determinación de los perjuicios materiales se hará teniendo en cuenta las bases fijadas en la parte expositiva de este fallo, en la oportunidad que señala el artículo 553 del Código Judicial. Como indemnización por el daño moral o extrapatrimonial fíjase la cantidad de dos mil pesos, que la entidad demandada deberá pagar a los demandantes dentro de los seis días siguientes al en que este fallo quede ejecutoriado.

2º El Departamento de Boyacá no puede continuar la explotación de la cascajera de que se viene hablando en las condiciones imprudentes en que lo venía haciendo. Para la explotación futura habrá, pues, de sujetarse a las disposiciones de Policía que reglamenten la materia.

3º Decláranse no probadas las excepciones perentorias propuestas.

Notifíquese, publíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio.

PERJUICIOS — RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR DE PERSONAS — RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO DE VIAS FERREAS — PRUEBA DE LA AUSENCIA DE CULPA Y PRUEBA DEL CASO FORTUITO — PERJUICIOS MORALES — DOCTRINA DE LOS AUTORES SOBRE ESTE PUNTO

1. Cuando el demandante deriva su acción de la muerte de un pasajero conducido de un lugar a otro por una empresa de transportes y ocasionada por el siniestro del vehículo que lo transportaba, sitúa la responsabilidad en la inejecución de las respectivas obligaciones del porteador, bien sea éste empresario o particular o público. Se trata entonces de una responsabilidad contractual, proveniente del modo como fue ejecutado el contrato de transporte. — 2. Aunque el artículo 320 del C. Co. dice que los billetes de asiento o aposentamiento justifican el contrato de transportes, esa disposición no es limitativa en el sentido de que solamente el respectivo billete de viaje que la empresa vende al pasajero sea la única prueba admisible—3. El principio general del artículo 1757 del C. C. no se altera en el contrato de transporte reglamentado por el C. de Co., en fuerza de que en los capítulos correspondientes no hay nada que pueda contrariarlo. En este contrato, como en todos los demás, el deudor está ante el dilema de demostrar el pago, esto es, el cumplimiento del contrato, o la imposibilidad en que estuvo de ejecutar la prestación a que estuvo obligado. Es cierto que los artículos 306 y numeral 4º del 322 del C. de Co. hacen una diferencia en cuanto al grado de la culpa de que responde el porteador, según que se trate de un empresario particular (artículo 306) o de un empresario público (artículo 322). Pero esta distinción nada tiene que ver con la presunción de culpa que

acarrea la inejecución de la prestación contractual a cargo de uno de los contratantes establecidos por el artículo 1757 primeramente citado. El empresario particular sólo se exonera de la culpa probando el caso fortuito, fuerza mayor o intervención de agente extraño. En cambio, el empresario público de transportes, al tenor del artículo 322, está en circunstancias más favorables, ya que el referido artículo en manera alguna exige la prueba del caso fortuito, sino de la ausencia de culpa. Su responsabilidad está más limitada, quizá debido a que por las circunstancias públicas en que actúa está más vigilado por la autoridad y sometido a los reglamentos oficiales destinados precisamente a garantizar en condiciones normales la seguridad de los pasajeros y la eficacia de los servicios que cada empresa transportadora ofrece al público. — 4. Los artículos 5º de la ley 62 de 1887 y 26 de la 76 de 1920 ninguna excepción establecen en la aplicación de los principios anteriores a los empresarios de vía férrea. — 5. Hay diferencia entre la prueba de la ausencia de la culpa y la prueba del caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elemento extraño. Esas diferencias se establecieron en la sentencia de casación de esta Corte de fecha 30 de noviembre de 1935. — 6. Cuando se demandan perjuicios de modo general se entiende comprendido tanto el daño patrimonial como el de carácter moral. Es un postulado del derecho contemporáneo la doctrina de la indemnización en

dinero no sólo del daño moral de índole social sino también el meramente espiritual producido por el dolor que hiere los sentimientos afectivos de la persona. En Colombia está consagrada la misma doctrina, como aparece, entre otras, de la sentencia de fecha 21 de julio de 1922. En la legislación nacional existe el artículo 95 del actual Código Penal que expresamente sanciona con el pago de una suma de dinero las lesiones meramente subjetivas al patrimonio moral. Por el hecho de ser difícil la apreciación subjetiva del daño moral y prácticamente imposible, no hay excusa para que la justicia deje de reaccionar de alguna manera contra el perjuicio. En cuanto a la cuantía de la indemnización queda sometida al arbitrio del juez, toda vez que la indemnización se da a título de *satisfacción*, o de *afirmación* de parte de la justicia del derecho vulnerado. Y para que el *arbitrium iudicis* no se torne en especulación indebida, ni en fuente de ganancias exageradas para la víctima, las indemnizaciones pecuniarias por daño moral deben ser módicas, dado su alcance que no es como en el perjuicio material de restaurar las pérdidas que haya sufrido el patrimonio económico de la persona lesionada. El mismo criterio obliga expresamente a los jueces del crimen, según el artículo del C. P. antes citado. Esa disposición, aunque consagrada en el C. P., sirve de criterio orientador de los jueces civiles.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, abril veintitrés de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El día nueve de mayo del año de 1937, domingo, en las horas del medio día, los señores Luis M. García, Elías Urrea, José Abel Cardona y José Eudoro Vásquez, se

embarcaron como pasajeros en una vagoneta del Cable Aéreo del Norte, para viajar entre la población de Aranzazu y la estación de Muelas, en el Departamento de Caldas. La vagoneta salió normalmente de la primera estación nombrada, y así viajaba, cuando pocos momentos después fue despachada en la misma dirección otra vagoneta de carga, la que al recibir el impulso y tomar la pendiente que allí tiene el cable, deslizóse tomando fuerza tal que pronto alcanzó la góndola de los pasajeros, chocando contra ella, como consecuencia de lo cual ambas vagonetas viniéronse a tierra, pereciendo en el siniestro, que se produjo a inmediaciones de la población de Aranzazu, los cuatro pasajeros nombrados.

El pasajero Vásquez murió siendo todavía soltero, de quince años de edad. Son sus padres legítimos los señores Silverio y Felicidad Vásquez. Ellos se creen acreedores a una indemnización pecuniaria por la desgraciada e irreparable muerte del hijo, y la reclaman del Departamento de Caldas, quien como dueño explota y administra directamente la empresa del Cable Aéreo del Norte.

Este es el origen del presente juicio ordinario promovido en primera instancia ante el tribunal superior de Manizales para que se le condene a pagar a los padres de José Eudoro Vásquez las cantidades que corresponden a título de indemnización de perjuicios por la pérdida del hijo.

En el libelo de demanda el abogado de los demandantes sostiene que la empresa del Cable es plenamente culpable del accidente, el cual debióse a su negligencia o descuido, "porque de acuerdo con la técnica y las necesidades del servicio del cable, en cada estación deben existir permanentemente y mientras funciona la aerovía, dos empleados despachadores constantes, uno encargado de recibir las vagonetas que llegan y otro encargado de despachar las que salen, pues las entradas y salidas tienen apenas interrupción de segundos, y en el momento de suceder este accidente, en la estación de Aranza-

zu no había sino un carrero despachador, pues el otro se había ausentado dizque a tomar el almuerzo, por cuya falta la vagoneta de carga que chocó con la góndola de pasajeros y la echó a tierra desde gran altura, salió de la estación mal despedida, no enganchó cuidadosamente en el cable y se deslizó vertiginosamente produciéndose la catástrofe", (Hecho 4º de la demanda).

El Departamento demandado por conducto de su representante, el fiscal del tribunal de Manizales, acepta que la empresa del Cable Aéreo del Norte es de su propiedad y está bajo su directa dependencia. Pero niega que esté obligado a indemnizar, porque el siniestro no obedeció a imprudencia o negligencia de la empresa, conforme atribúyeselas el libelo.

El tribunal de Manizales en sentencia de fecha 13 de febrero de 1939, y previa la secuela de rigor, absolvió al Departamento de los cargos de la demanda por no haber encontrado base para formular la condenación pedida.

Contra este fallo interpuso el recurso de apelación la parte demandante. Concedida la alzada, se ha tramitado ante la Corte la segunda instancia. Para ponerle término se dicta la presente sentencia, basada en las consideraciones que van a exponerse:

Origen de la responsabilidad demandada

El demandante cita como disposiciones legales que fundamentan su derecho los artículos 2,341, 2,346 y concordantes del código civil, 5º de la ley 62 de 1887 y 26 de la ley 76 de 1920.

Especialmente de la cita de las dos disposiciones del código civil, que contemplan casos de responsabilidad extracontractual, se infiere que el actor piensa que su caso es de esta clase, y está regido por las reglamentaciones de la culpa aquiliana.

En cambio, con los hechos sustentatorios de la demanda, tal como en ella están expuestos, de los cuales el relato que al principio hízose no es más que una fiel síntesis, se configura un caso de respon-

sabilidad derivada de contrato, que es la que corresponde al transportador por la seguridad de las cosas o de las personas que moviliza en cumplimiento de los compromisos que a diario y particularmente está contrayendo con los que van a solicitar sus servicios.

En el código civil — artículo 2,070 — el transporte es un contrato, en que una parte se compromete, mediante cierto flete o precio, a transportar o hacer transportar una persona o cosa de un paraje a otro. Y en el Código de Comercio, art. 258, el transporte es un contrato, en virtud del cual uno se obliga por cierto precio a conducir de un lugar a otro, por tierra, canales, ríos navegables, etc., pasajeros o mercaderías ajenas, y entregar éstas a la persona a quien vayan dirigidas. Hay empresarios particulares y empresarios públicos de conducciones — art. 271, *ibídem*. Los primeros son los que, ejercitando la industria, no han ofrecido al público sus servicios, y se encargan libremente de la conducción de personas o mercaderías a precios convenidos. Y los segundos son los que tienen anunciado y abierto al público un establecimiento de conducciones, y las ejecutan en los períodos, por el precio y las condiciones que prefijan sus anuncios.

De manera que cuando el demandante deriva su acción de la muerte de un pasajero conducido de un lugar a otro por una empresa de transportes y ocasionada por el siniestro del vehículo en que lo transportaba, sitúa la responsabilidad en la inexecución de las respectivas obligaciones del porteador — que así se llama el que contrae la obligación de conducir — bien sea éste empresario particular o público. Y no empece a ello, el que se invoquen, como en el presente caso, disposiciones ajenas a la figura jurídica que implícitamente se plantea, porque lo interesante es que en la acción se suministre el hecho, que el juez se encargará de decir dónde está el derecho.

La responsabilidad que se ventila en este pleito es, pues, de origen contractual,

proveniente del modo como fue ejecutado el contrato de transporte que la empresa del Cable, administrada directamente por el Departamento de Caldas, celebró con el menor José Eudoro Vásquez, al tomar éste pasaje para ser trasladado de Aranzazu a otra estación de la aerovía.

Ahora, como el Cable se ajusta a las condiciones legales de empresa pública de transportes, según lo antes dicho, tiénese que son las regulaciones pertinentes a esta clase de conducciones, las que deben primar en todo caso.

El solo hecho de haber sido admitido el joven Vásquez a viajar en una de las góndolas de pasajeros despachadas directa y personalmente por un empleado de la empresa de la estación de Aranzazu, es indicio necesario de la existencia del contrato de transporte, pues en un vehículo de tal especie sólo es posible viajar como pasajero.

Aunque es verdad que el artículo 320 del código de comercio dice que los billetes de asiento o aposentamiento justifican el contrato de transportes, la Sala no halla esa disposición limitativa en el sentido de que solamente el respectivo billete de viaje que la empresa vende al pasajero sea la única prueba admisible. La disposición tiende más bien a elevar el billete a la categoría de plena prueba, pero sin excluir las demás pruebas que también sean legales. El billete puede ser esencial para comprobar las condiciones especiales en que se hace el transporte y se aleguen como obligatorias para la empresa o para el pasajero; y en tal sentido el precepto halla su justificación. Pero no puede ser la prueba exclusiva del hecho simple de que quien viaja en vehículo de empresa dedicada a prestar al público los servicios de transporte en determinada vía, tiene la calidad de pasajero concedida por ella y viaja con su consentimiento, porque a esa restricción probatoria sí no se presta la disposición. Mucho menos si se atiende a lo preceptuado en el artículo anterior, 319.

Mas si el riesgo se quisiese llevar a ex-

tremos que el artículo 320 no tolera, porque ya está visto cuál puede ser su alcance, en el presente caso además del indicio necesario de la existencia del contrato, de que ya se habló, se cuenta también con el dato de que el joven Vásquez portaba el respectivo billete de asiento, conforme lo constata la diligencia del levantamiento de los cadáveres practicada por el alcalde de Aranzazu pocos momentos después de acaecido el siniestro, en el cual se lee con respecto al cadáver del mencionado joven: "Requisado que fue se le encontró una niquelera ordinaria con una moneda de diez centavos y el ticket del cable número 16416 de Aranzazu a Muelas". (Fl. 8 del c. N° 6).

Acreditado el contrato, surge a consideración y estudio uno de los deberes que éste hace pesar sobre el empresario por ministerio de la ley: indemnizar a los pasajeros el daño que sufrieren en sus personas, por vicio del carruaje, por su culpa, la de los conductores o dependientes (numeral 4° del artículo 322).

"Cuando se trata de obligación nacida de contrato — ha sostenido la Sala Civil de esta Corte en sentencia de casación de 25 de noviembre de 1938, publicada en la Gaceta Judicial, tomo 47, página 411—al aducirlo y comprobarlo cumple el actor el deber que al respecto le impone el artículo 1757 del C. C., el cual de su lado impone al deudor el deber de comprobar que, en su caso, su obligación se ha extinguido. Quien contrata y asume así las respectivas obligaciones afronta su cumplimiento y por lo mismo echa sobre sus hombros la carga de probarlo cuando por incumplimiento se le demande; y si no ha cumplido, podrá defenderse en cuanto su demandante no pueda serlo por no estar al tanto en sus concomitantes obligaciones, esto es, oponiendo la exceptio non adimpleti contractus, consagrada en el artículo 1609 de esa obra. Y si no es el caso de esta excepción y sí el de incumplimiento en el demandado, puede éste librarse demostrando haber puesto la dili-

gencia y cuidado correspondientes al respectivo contrato, según las variantes atendidas por el artículo 1604 de allí, en la forma y proporción que éste indica. Este artículo, entre otras cosas, establece: "La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearla; la prueba del caso fortuito, al que lo alega".

"En la culpa aquiliana no es, en lo general, tan ventajosa la situación del demandante como en la contractual en que lo ampara la presunción a que viene aludiéndose, sin que esta observación implique desconocimiento de que en varios casos de aquella cuenta también con presunción en su favor, de lo que dan ejemplo los artículos 2345, 2346 en su segunda parte, 2347, 2354 del mismo Código. También es ejemplo de esto el artículo 2356, ibídem, sobre cuyas diferencias con el 2341 ha sido explícita la Corte en sentencias de 14 de marzo y 18 y 31 de mayo de este año (G. J., Tomo XLVI, páginas 211 a 217, 515 a 522 y 560 a 665, respectivamente".

El principio general del artículo 1,757 del C. Civil, de que probado el contrato incumbe probar al deudor que su obligación está extinguida por ausencia de culpa o caso fortuito como causa de la inejecución de la prestación a su cargo, no se altera en el contrato de transportes reglamentado por el código mercantil, en fuerza de que en los capítulos correspondientes a la materia no hay nada que pueda contrariarlo. En este contrato, como en todos los demás contratos el deudor está ante el dilema de demostrar el pago, esto es el cumplimiento del contrato, o la imposibilidad en que estuvo de ejecutar la prestación a que estuvo obligado.

Es cierto que los artículos 306 y numeral 4º del artículo 322 del C. de Comercio, hacen una diferencia en cuanto al grado de la culpa de que responde el porteador, según que se trate de un empresario particular (artículo 306) o de empresario público (artículo 322.) Pero esta distinción nada tiene que ver con la presunción de culpa que acarrea la inejecución de la prestación contractual a car-

go de uno de los contratantes, establecida por el principio general del artículo 1,757 citado.

La diferencia dicha, dentro de las regulaciones generales de la culpa contractual, consiste en que el empresario particular para exonerarse de toda responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones que le impone el transporte "deberá probar que el caso fortuito no ha sido preparado por su culpa, y que su cuidado y experiencia han sido ineficaces para impedir o modificar los efectos del accidente que ha causado la pérdida, la avería o el retardo". Es decir que el empresario particular sólo se exonera de la culpa probando el caso fortuito, fuerza mayor o intervención de agente extraño.

En cambio, el empresario público de transportes, al tenor del artículo 322 está en circunstancias más favorables, ya que el referido artículo en manera alguna exige la prueba del caso fortuito, sino de la ausencia de culpa. Está obligado a indemnizar a los pasajeros "el daño que sufrieron sus personas, por vicio del carruaje, por su culpa, la de los conductores o postillones". Lo que quiere decir que la prueba es más benigna para el empresario público, que para el empresario privado, quizá debido a que el primero por las circunstancias públicas en que actúa, está más vigilado por la autoridad y sometido a los reglamentos oficiales destinados precisamente a garantizar en condiciones normales la seguridad de los pasajeros y la eficacia de los servicios que cada empresa transportadora ofrece al público.

Los artículos 5º de la ley 62 de 1887 y 26 de la ley 76 de 1920, ninguna excepción establecen en la aplicación de los principios anteriores a los empresarios de vías férreas. Como quiera que tales preceptos vienen únicamente a aclarar, por si alguna duda hubiere acerca de la responsabilidad por los accidentes de las vías férreas, que las empresas responden "de los daños que se causen a las personas o a las propiedades por razón del servicio de las mismas vías que sean impu-

tables a descuido, negligencia o violación de los reglamentos de policía respectivos". Aclaración que tiene mayor importancia en el campo extracontractual que en el contractual, pues en el segundo la responsabilidad no suscitaba vacilaciones, en tanto que en el primero podía pensarse que había necesidad de disposiciones especiales que sometieran a toda clase de empresarios de vías férreas, incluyendo al mismo gobierno, a indemnizar los perjuicios por culpas cuasi delictuales.

Ahora, hay diferencia entre la prueba de la ausencia de culpa y la prueba del caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elemento extraño. Esta misma Corte en sentencia de casación de fecha 30 de noviembre de 1935, publicada en la Gaceta Judicial números 1905 y 1906, tomo 43, páginas 175 y siguientes, precisó bien la diferencia, valiéndose para ello de la doctrina de los mejores autores.

La Corte siguiendo las enseñanzas de Radouant dice:

"Falta por ver en qué consiste o cómo se suministra o produce la prueba de la ausencia de culpa. Será necesario probar que ninguna de las culpas concebibles o humanamente posible fue cometida en ningún tiempo por el deudor? O, por el contrario, "dejándole a la duda un cierto lugar", bastará, para no incurrir en el absurdo de exigir la prueba de una negativa indefinida, una prueba indirecta que le devuelva a la demostración su aspecto positivo, concerniente a las precauciones que ha tomado el deudor?"

"Esta cuestión fue insuperablemente tratada por Radouant, en su monografía ya citada:

"Un rigor más o menos grande hé ahí, en efecto, frente a aquel a quien incumbe la carga de destruir 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 corresponde, 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 pun-

to 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, habrían 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, por que, 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 puede 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 cual no se piensa no lo haya sido. De suerte que por paradójico 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 asegurar 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 excluir 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 demostrando es aún 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’.”

Más adelante la Corte cita un pasaje de Bonnacasse, quien dice:

“Para los autores más recientes que han examinado de cerca el problema, la diferencia entre la fuerza mayor y la ausencia de culpa, no conduce a la distinción de dos nociones que se opongan en su esencia, sino simplemente a una situación más favorable para el deudor cuando le basta, para liberarse, demostrar la ausencia de culpa, que, cuando se trata de probar el caso-fortuito o la fuerza mayor. Es ello, dicen esos autores, una especie de resultado de la convención, porque considerando y analizando las cosas más de cerca, la prueba de la ausencia de culpa en su forma absoluta es, si no imposible, por lo menos mucho más difícil que la de la

fuerza mayor. En esta última hipótesis, es verdad, el deudor está obligado a probar la existencia de un acontecimiento preciso que haya acarreado, abstracción hecha de toda culpa por su parte, la imposibilidad absoluta de ejecución de su obligación. Por lo menos cuando semejante prueba haya sido suministrada, no habrá ninguna duda sobre la irresponsabilidad del deudor. Al contrario, constituyendo la ausencia de culpa una situación de carácter negativo, se necesitaría irremediamente probar, para establecerla, que ninguna de las culpas concebibles ha sido cometida por el deudor. Ello no se exige en realidad, y únicamente se pide la prueba de ausencia de las culpas susceptibles de producirse en un caso determinado, sobre la base de los datos corrientes de la experiencia.....”

“Es así como la ausencia de culpa — dice en otro lugar el otro autor citado — ha llegado a representar para el deudor un medio liberatorio de acceso mucho más fácil que el caso fortuito o la fuerza mayor. Importa poco, desde luego, que ciertos autores aleguen que el caso fortuito o la fuerza mayor se relaciona con la ausencia de culpa so pretexto de que la prueba del caso fortuito o la fuerza mayor no es otra que la prueba positiva de la ausencia de culpa; lo que hay de cierto es que sobre el terreno de la táctica y de la terminología jurídicas, la ausencia de culpa ha adquirido un sentido preciso por oposición al caso fortuito y a la fuerza mayor. Cuando el legislador acuerda efectos liberatorios a la ausencia de culpa, se reduce a exigir de parte del deudor una conducta normal frente a las circunstancias; cuando, al contrario, estipula el caso fortuito o la fuerza mayor, exige la prueba precisa de un acontecimiento preciso y determinado, independiente de toda culpa del deudor y acarreado consigo la imposibilidad absoluta de ejecución de la obligación”.

En resumen de todo lo expuesto en este capítulo se tiene: Supuesto el compromiso que adquirió la empresa del Cable Aéreo del Norte, dándole pasaje en una

de las góndolas, de conducir a José Eudoro Vásquez sano y salvo al lugar de su destino, la inejecución del contrato producida por el accidente de la góndola que le costó la vida al pasajero, arroja el peso de una presunción de culpabilidad en contra de la empresa, dado que aquél pereció precisamente en poder de la empresa y por causa del servicio de la empresa y que de acuerdo con el artículo 1,730 del código civil el deudor es obligado a demostrar su inculpabilidad cuando la cosa debida se pierde estando en su poder, precepto de carácter general aplicable a toda suerte de contratos menos cuando haya reglamentación especial, la que no existe en el de transportes.

De manera que bajo el peso de la presunción de culpabilidad, la empresa sólo puede exonerarse de ella mediante la prueba eficaz de la ausencia de culpa, es decir que hizo todo lo que la humana previsión hace en casos semejantes para prestar un buen servicio de conducciones en forma que garantice la seguridad de los pasajeros.

Como la empresa es de transportes públicos, según la clasificación del derecho mercantil, no necesita probar la ocurrencia de caso fortuito, pero sí patentizar que el accidente no obedeció a negligencia o descuido.

Con estas premisas y conclusiones quedan aniquilados los fundamentos de la sentencia de primera instancia. El tribunal analizando el hecho como un caso de responsabilidad fuera de contrato, se dio al análisis de todas las pruebas con el ánimo de encontrar la prueba de los hechos de la demanda, pero halló que no se había demostrado que Vásquez hubiera perecido, como se alega por los actores, a consecuencia del accidente. Cuando el hecho que el tribunal pone en duda agobia por su claridad porque todos los factores probatorios tienden uniformemente a establecerlo, como en el capítulo siguiente va a verse.

Inejecución del contrato

Con las declaraciones de Guillermo To-

rres, Antonio Gallo, Ramón Giraldo López, Ramón López, aducidas por el demandante, y Gerardo González, Rafael Giraldo, Rafael Ramírez y Eduardo Correa, aducidos por el demandado, todas las cuales unidas a lo que dice el médico doctor Ricardo Mejía Jaramillo y a la diligencia de inspección ocular practicada antes del juicio por el juez municipal de Aranzazu el 21 de mayo de 1937, pocos días después del siniestro (fls. 13 v. y 14 del c. número 2), más la misma posición adoptada por el representante de la entidad demandada durante el proceso, de no contradecir la realidad del accidente sino negar que en su realización tuviese culpa alguna la empresa; todo ese cúmulo de factores probatorios está acreditando con creces desde la primera instancia que es un hecho incontrovertible que el 2 de mayo de 1937 ocurrió el trágico acontecimiento del choque violento de una vagoneta de carga con otra de pasajeros en la línea del Cable Aéreo del Norte, de propiedad del Departamento de Caldas, a inmediaciones de la población de Aranzazu, choque del cual resultaron muertos los cuatro ocupantes de la vagoneta de pasajeros, siendo uno de ellos el joven José Eudoro Vásquez.

Pero para mayor abundamiento en la segunda instancia trájose al proceso copia de la diligencia de levantamiento de los cadáveres de las víctimas del doloroso suceso, practicado por el alcalde municipal de Aranzazu, el mismo día, diligencia que por su carácter es un documento público de innegable autenticidad, que hace plena prueba en cualquier juicio.

De consiguiente ante la realidad del suceso, lo que incumbe es saber si la parte demandada probó que no se le puede imputar ninguna culpa en él.

La parte demandada esforzóse por acreditar su falta de culpabilidad en el accidente, pero no obtuvo éxito satisfactorio. El haz probatorio deja un vacío, en el sentido de que el siniestro pudo obedecer al descuido de la empresa que dejó de tomar todas las precauciones que las circunstancias exigían para asegurar perma-

nentemente el correcto despacho de las góndolas, de la estación de Aranzazu a la de Muelas, en la hora en que aquél ocurrió.

En efecto. En el libelo de demanda el demandante atribuye el accidente a que según la técnica y las necesidades del servicio del cable, en cada estación deben existir permanentemente y mientras funciona la aéreo vía, dos empleados despachadores constantes, uno encargado de recibir las vagonetas que llegan y otro encargado de despachar las que salen, pues las entradas y salidas tienen apenas interrupción de segundos, y en el momento de acaecer el accidente en la estación de Aranzazu no había sino un carrero despachador, pues el otro se había ido a almorzar, por cuya causa la vagoneta de carga que chocó con la góndola de pasajeros y la echó a tierra desde gran altura, debió salir de la estación mal despedida, no enganchó cuidadosamente en el cable y se deslizó vertiginosamente, produciéndose la catástrofe.

En la inspección ocular que se practicó en primera instancia a solicitud del Departamento, se tomaron las declaraciones de Daniel Muñoz, Luis Felipe García y Saturnino Molina, quienes informan:

El primero: "En los días en que hay afluencia de pasajeros un solo carrero, por más que el señor fiscal pretenda demostrármelo, no es suficiente para atender debidamente al recibo y despacho de pasajeros, ya que al recibir la vagoneta con pasajeros pierde unos tantos minutos para inquirir de ellos los tiquetes con los cuales fueron despachados y recibir y perforar los tiquetes con los cuales han de ser despachados los que de esta población (Aranzazu) salen a los distintos lugares".

El segundo: "Me consta personalmente que los domingos en las horas del medio en adelante hay mucha aglomeración de gentes que llegan a la estación (Aranzazu) en busca de pasajes para trasladarse a Muelas, Campoalegre, Laurel y La Camelia y otros lugares. No todos los domingos y días feriados me he en-

contrado en la estación del cable, pero sí lo acostumbro con mucha frecuencia, y en esas ocasiones he podido apreciar que se encuentran muchas personas solicitando pasaje, sobre todo después de las horas del medio día. En vista de la aglomeración de pasajeros que acuden a la estación del cable para viajar, juzgo que es necesario la presencia de dos carreteros para poder atender suficientemente al servicio. no considero que un solo carrero sea suficiente para atender al servicio de recibir y despachar vagonetas de la estación, porque al llegar las vagonetas y coger los rieles, el carrero que recibe a ese mismo tiempo atiende al despacho de la que sale".

El tercero: "Me consta que los domingos, en las horas del medio día y de la tarde hay mucha aglomeración de pasajeros en la estación del cable, porque además de los viajeros de otras poblaciones están los de las regiones Laurel, Muelas, Campoalegre y La Camelia. No me parece suficiente un empleado porque hay momentos en que me ha tocado presenciar que cuando un solo empleado recibe una vagoneta, van cuatro o cinco vagonetas moviéndose hacia adelante, y el empleado se ve acosado para atender unas y otras, es decir, a recibir las que entran y empujar las que salen".

Rafael Giraldo, otro de los testigos presentados por el representante del Departamento de Caldas, dice: "Es cierto por haberlo presenciado, que cuando la vagoneta de carga fue despedida por el empleado del cable señor González, ésta salió mal y así lo presencié por los vaivenes que la vagoneta hizo inmediatamente que fue despedida. Me consta por conocimiento directo y personal que el día y hora en que sufrió el deslizamiento la vagoneta de carga de que se viene haciendo alusión, la estación de esta ciudad, sí presentaba recargó de movimiento o congestión en el tráfico, pues el número de vagonetas tanto de pasajeros como de carga que allí había esperando turno para la salida era crecido. No me parece y antes por el contrario afirmo que un solo

carrero es insuficiente para atender al recibo y despacho de carros o vagonetas en esta estación, esto a pesar de que sea sumamente perito en la cosa el señor González. Sé y me consta por presenciarlo con frecuencia que no es cierto que entre el arribo de un carro a la estación de este municipio y la llegada del que le precede, medie pocos metros, pues me parece que tal distancia no sea la de ciento ochenta metros, como se dice. No creo que debido a dicha distancia una sola persona pueda recibir y luego ir a despachar, sin que ello presente un serio peligro para los transeuntes. Me consta que la estación de esta población es terminal, y que por lo mismo las vagonetas que llegan pueden ser detenidas algún tiempo sin perjuicio alguno, y sin que por ello se recargue o congestione el movimiento normal del cable. En mi concepto vuelvo a repetir, un solo carrero es insuficiente para despachar y recibir al mismo tiempo vagonetas, aunque esto sea por dos vías distintas. El trabajo en estas estaciones terminales es más complicado y más laborioso que en las estaciones intermedias, por lo cual es absolutamente imposible que una sola persona pueda recibir y despachar, aunque sea por poco tiempo.”

Rafael Ramírez informa sobre las magníficas capacidades del carrero Gerardo González en la faena de despachar y recibir vagonetas del cable, la cual puede realizar por sí sola una persona de la habilidad de González, siempre que sea por pocos momentos, ya que el trabajo es demasiado duro y peligroso para un solo hombre. Agrega que por haber viajado continuamente en el cable, le consta que la empresa mantiene siempre y permanentemente dos empleados encargados de recibir y despachar las vagonetas que llegan y salen de la estación de Aranzazu.

Para Miguel Angel Velásquez el carrero González, no obstante su gran competencia y práctica en la operación de recibir y despachar vagonetas del cable, estaba imposibilitado para realizar estos actos por sí solo, a pesar de que entre la llegada a la estación de una vagoneta y la

salida de otra, media un pequeño lapso de tiempo, porque esa labor es peligrosa en unas solas manos, lo cual se pone de manifiesto con el hecho de que la empresa siempre sostiene dos carreros, uno para recibir y el otro para despachar.

Guillermo Giraldo ha visto que las operaciones de recibir y despachar vagonetas del cable en la estación de Aranzazu son casi simultáneas.

Miguel Angel Ramírez por viajar continuamente por el cable del Norte, le consta que la empresa mantiene permanentemente dos empleados encargados de recibir y despedir las vagonetas que llegan y salen de la estación de Aranzazu.

El anterior grupo de testigos, también está de acuerdo en afirmar, por su permanente movilización por la línea del cable, que Gerardo González, el carrero que despachó de Aranzazu hacia la estación de Muelas, las dos vagonetas que chocaron, se nota muy experto en su oficio y además ellos nunca han tenido conocimiento de que haya cometido irregularidades en la función que desempeña.

Gerardo González, el carrero también rindió declaración. Dice que tan pronto como se dio cuenta de que la vagoneta de carga había salido de las uñas, dio la voz de alerta, gritándole a Misael Marmolejo, empleado del cable que estaba allí presente, que ordenara al maquinista parar inmediatamente; el maquinista paró, pero como el cable una vez detenido continúa rodando unos segundos debido al peso de la carga y pasajeros que conduce, la detención no puede ser instantánea.

Todo este acervo de informaciones, provenientes de testigos abonados por su imparcialidad, ya que fueron citados al juicio a petición del mismo demandado, dejando esta firme impresión: que aunque un solo carrero de larga práctica y expedición como el señor González puede en un momento dado desempeñar la doble función de recibir y despachar las vagonetas del cable que llegan y salen de una estación, eso no es lo normal y corriente, y la empresa no lo ha considerado así, desde que mantiene en las estaciones de

manera permanente dos carreros, uno con la función de recibir las vagonetas que llegan y el otro con la de despacharlas; y que la estación del cable en Aranzazu, en cuyas inmediaciones ocurrió la tragedia en que pereció Eudoro Vásquez un domingo a medio día, es muy concurrida los domingos y días feriados por vecinos de varias veredas del municipio que van allí en consecución de pasajes para regresar por el cable a sus casas, de manera que se manifiesta todavía más la necesidad de que en esos días y a esas horas la empresa mantenga en la estación los referidos dos empleados, a efecto de prevenir cualquier irregularidad o accidente en el funcionamiento del cable, originada por la ligereza que un solo carrero tiene que usar para recibir y despachar simultáneamente las góndolas.

La parte demandada no ha negado que para el correcto funcionamiento del cable se necesiten en cada estación dos carreros para recibir y despachar las góndolas. Su esfuerzo se encaminó a demostrar con testigos que Gerardo González hacía bastante tiempo que trabajaba en la empresa en el oficio de carrero, desempeñándolo siempre con toda competencia. Consiguió ese propósito. En la inspección ocular practicada en primera instancia "hizo la demostración práctica, por unos diez minutos, de que con el movimiento actual un solo carrero era suficiente para recibir las vagonetas, percibir los tickets de los pasajeros y despachar oportunamente las que salen".

Empero, no obstante lo satisfactorio de la prueba concerniente a la competencia del carrero González para desempeñar su oficio, y la demostración que se hiciera de que un solo carrero en un momento dado puede atender el movimiento de las góndolas, es lo cierto, de otro lado, que la empresa cree prestar un servicio más seguro y eficaz manteniendo dos carreros permanentes, lo cual quiere decir que normalmente un solo carrero no es suficiente por más hábil y experto que sea en el oficio; y mucho menos lo será en días y horas de gran movimiento de pasajeros,

como fue, según también está demostrado, el día y la hora, en que ocurrió la tragedia de Aranzazu, producida por el choque de las dos góndolas despachadas por el carrero Gerardo González, quien en esos momentos actuaba solo, pues el otro carrero de nombre Ramón López se había ido a almorzar "para luégo regresar a la estación a prestar el servicio como de costumbre". (Declaración de Ramón López, fl. 20 c. número 2, y de Misael Marmolejo, fl. 8. cuad. número 6).

De consiguiente, puede afirmarse ya sin vacilación que entre los reglamentos esenciales de la empresa figura la presencia permanente de dos carreros para prestar el servicio del cable en Aranzazu, en el movimiento de las góndolas. De manera que es cuando menos una imprudencia peligrosa, permitir que actúe un solo empleado en esa función, y falta más grave aun, que eso se tolera en días y horas de gran concurrencia, como usualmente lo son en Aranzazu los domingos a medio día, aun cuando el respectivo empleado sea muy hábil, pues la práctica que posea no lo pone a cubierto de despachar mal una vagoneta a causa de la ligereza con que tiene que obrar, recibiendo y despachando al mismo tiempo, en una labor más o menos prolongada y sin interrupción.

El dictamen de los peritos señores Tomás Botero y Rafael Bayer, concedores del mecanismo del cable, y rendido con motivo de la diligencia de inspección ocular practicada por el tribunal de primera instancia (fls. 8 a 11 del cuad. número 3), viene en cierto modo a acrecentar la certidumbre sobre la culpabilidad de la empresa, por imprevisión grave en la observancia de sus reglamentos; esos peritos conceptúan uniformemente: "La causa más probable para que las uñas de una vagoneta en perfecto estado no agarren el cable en el momento de despedirla es la de que por un descuido la vagoneta sea mal impulsada y que por la oscilación de la misma tropiece, dé un salto y caiga en las poleas por donde rueda al entrar y salir de las estaciones... El motivo del

deslizamiento de la vagoneta de carga fue el haber salido rodando en las poleas y no en las uñas”.

De todo lo anterior se desprende que el departamento demandado no demostró satisfactoriamente la ausencia de culpa de la empresa del cable aéreo, en el acaecimiento del siniestro en que perdió la vida el joven José Eudoro Vásquez, ya que la empresa cometió grave imprudencia dejando que un solo carrero estuviera actuando en el momento en que aquél tomó pasaje en la góndola que inmediatamente después fue estrellada por otra que salió de la estación mal impulsada, imprudencia con la cual hizo posible la tragedia.

No tomó pues la empresa las precauciones que un hombre avisado y diligente hubiera tomado en las mismas circunstancias, y que ella misma usualmente emplea. He ahí su culpa.

Perjuicios

Cuando se demandan perjuicios de modo general se entiende comprendido tanto el daño patrimonial como el de carácter moral. Por lo tanto en el presente caso hay que examinar la existencia de unos y de otros.

1º Daño patrimonial

No existe ninguna prueba del quebranto patrimonial que con la muerte del hijo sufrieran los demandantes. Como la muerte del joven Vásquez fue instantánea sus padres no pudieron tener la oportunidad de prodigarle las atenciones y cuidados para haberle siquiera aliviado sus dolores. El entierro no se sabe quién lo sufragara. Sobre el particular hay una ausencia absoluta de prueba.

También se ignora qué fuente de provecho económico derivaran los padres del hijo. No está demostrado que él con el producto de lo que ya empezaba a ganar, atendióse en todo o en parte a la sustentación de los padres.

En el proceso hubo avalúo pericial del daño material. Los peritos justiprecian ese daño en la cantidad de \$ 6,560.40. Pa-

ra ello fúndanse en el cálculo de la futura vida probable de José Eudoro, teniendo en cuenta que cuando murió contaba con catorce años, y se trataba de un muchacho sano y vigoroso, hijo de campesinos; combinando estas circunstancias con la costumbre existente en los lugares de donde Vásquez era oriundo, de pagar treinta centavos a un peon de aquella edad para ir aumentando progresivamente el salario hasta cincuenta centavos cuando llega a veinte el trabajador hábil y de fortaleza para las faenas materiales, los peritos deducen la cifra enunciada.

Este avalúo es inaceptable, porque se basa sobre una conjetura: que la totalidad de los futuros proventos del hijo necesariamente beneficiarán durante toda la vida de éste al padre.

El simple hecho de que la muerte prive a los padres de un hijo, no les lleva de suyo una disminución patrimonial futura. Nadie puede escrutar el porvenir para determinar en qué condiciones, educado y establecido el hijo llegará a ser el apoyo y sostén de sus progenitores.

Por consiguiente, la utilidad económica futura de los padres fundada en la prolongación de la vida del hijo es muy incierta. En manera alguna sirve de factor determinante de daño material.

Ante tales consideraciones se impone la absolución del demandado en lo tocante a la reparación del daño material.

.....
.....
.....
.....

2º Daño moral

Josserand enseña que el daño moral puede revestir dos aspectos diferentes: el que afecta el honor, la reputación, la consideración, es decir el patrimonio moral propiamente dicho de una persona, en cuanto el hecho tiene para ella repercusiones sociales que la hacen desmerecer en su fama; y el que afecta el simple interés de afección (pretium doloris).

La doctrina acepta sin dificultad que el

patrimonio moral propiamente dicho debe estar jurídicamente protegido, dando así lugar a acciones de indemnización. Y con respecto al simple interés de afección hay autores que sostienen que su lesión no justifica una reparación de orden pecuniario, basados en que la representación en dinero del dolor experimentado es irrealizable y paradójal por la ausencia de una relación adecuada entre el sufrimiento y la pretendida compensación.

Sin embargo, el mismo autor y casi la mayoría de los tratadistas especialmente contemporáneos, se esfuerzan por justificar la jurisprudencia francesa de que el *pretium doloris* da también lugar a acciones de reparación en dinero. Jossierand agrega que el concepto de culpa delictual en el código francés (y lo mismo puede decirse del código colombiano) no da lugar a distinguir según la naturaleza del daño causado por culpa a otro; y que si los perjuicios reclamados por los parientes de la víctima que ha perecido en un accidente no son la exacta representación del dolor que aquellos experimentaron, son al menos una contrapartida aproximada, que tiene el carácter de una satisfacción, más bien que una compensación.

Colin y Capitant, replicando a los autores que protestan contra el reconocimiento de reparación pecuniaria a los daños morales, por resultar arbitraria su estimación en dinero, no niegan el fundamento de la crítica, pero les parece más chocante y arbitrario todavía que ninguna reparación puede darse por la perturbación moral que haya experimentado la víctima.

En la defensa de la reparación del daño moral de orden afectivo los autores citados se expresan con gran energía y con el fin de reforzar la tesis, que coincide con las soluciones de la jurisprudencia francesa, citan los artículos 45 y 47 del código suizo de las obligaciones que concede expresamente el derecho a indemnización por el dolor de afección, disponiendo que si "a consecuencia de la muerte de la víctima quedan otras personas privadas de su sostén, hay que indemnizar-

las también de esta pérdida" (artículo 45), y que (artículo 47) "El juez puede, teniendo en cuenta las circunstancias particulares, conceder a la víctima de las lesiones corporales, o, en caso de muerte de un hombre, a la familia, una indemnización equitativa a título de reparación moral".

Planiol y Ripert, en el tomo VI de su obra, con la colaboración de Esmein, números 546 y 547, contestan la objeción de que un perjuicio moral no es susceptible de reparación adecuada por medio de una indemnización en dinero, y que cualquier suma constituye para la víctima una pura ganancia y para el condenado una pena privada. Para ellos la distinción clásica entre daño pecuniario y daño moral no podrá hacer olvidar que todo perjuicio es tal porque nos produce un sufrimiento, y que frecuentemente el daño pecuniario tiene importancia solo por las inquietudes a que nos somete. "La dificultad de apreciación del daño tampoco es razón poderosa para negar la indemnización; tropezamos con ella muchas veces en materia de perjuicios materiales y sin embargo la jurisprudencia ha afirmado desde hace tiempo que eso no justifica el declarar sin lugar la demanda".

Según los citados expositores la jurisprudencia francesa concede la indemnización de daños morales a los parientes más próximos de la persona fallecida no sólo cuando el difunto atendía al sostenimiento de aquellos, sino también en caso contrario, y aun cuando esa muerte, adelantándose traiga como consecuencia que les parientes entren en posesión de la herencia del muerto.

Los hermanos Mazeaud en su tan renombrada obra "Traité Théorique et Practique de la Responsabilité Civile Delictuelle et Contractuelle", tomo I, números 313, 314 y 315 manifiéstanse decididos partidarios de la reparación de todo daño moral, incluyendo también el que solo hiere los sentimientos de afección. Ellos no ven inconveniente, a falta de cosa más adecuada, que se repare con dinero el dolor moral de un padre privado de su hijo

o el del esposo burlado. Esto no tiene nada de chocante ni aun de repugnante. Los que todavía vacilan es porque hacen una interpretación equivocada del término "reparar", que no significa borrar,, "effacer", el daño causado, porque el hombre es impotente para suprimir el pasado, sino que se trata de buscar un equivalente, y en ese sentido el dinero es lo más apropiado para que la víctima le dé la inversión que le plazca.

Todavía más satisfactorias son las razones con que Demogue defiende la indemnización del daño moral de afeción. La tesis básica del renombrado expositor consiste en que especialmente en lo concerniente a esta clase de daño la indemnización representa una necesaria afirmación de la injusticia cometida más que la reparación del quebranto causado al derecho de la víctima. "Nuestro sistema permite así fácilmente evitar que el debate tome el carácter de un regateo del honor o del afecto, puesto que se trata de reaccionar contra el acto dañoso y en manera alguna de hacerlo desaparecer con una compensación. Nada tiene aquí el carácter de un beneficio". ("Traité des Obligations en Général par René Demogue", tomo IV número 409 y 411).

Más adelante agrega: "La objeción más importante (contra la reparación del daño moral) proviene indudablemente de la dificultad de establecer la equivalencia entre el daño y la indemnización. En tanto que los daños materiales reposan sobre bases objetivas, el daño moral no suministra sino una base subjetiva. Se puede conestar que en los dos casos hay solo una diferencia de medida, no de naturaleza: toda indemnización tiende a la satisfacción de un fin subjetivo. La noción de valor es desde luego subjetiva, o al menos influenciada por consideraciones de orden subjetivo".

Y a riesgo de prodigar en demasía las citas, lo cual será excusado teniendo en cuenta la importancia, complejidad y delicado del tema, conviene por último anotar que en Italia, según lo expresa Giorgi, en su obra "Teoría de las Obligacio-

nes en el Derecho Moderno", tomo V, pág. 367, edición del año de 1911, está acorde la jurisprudencia en el mismo sentido. Después de explicar el autor las partidas que deben formar la suma de los perjuicios materiales provenientes de la muerte por homicidio del padre, agrega: "Compensada de esta manera la partida de los daños patrimoniales, es preciso también compensar con una cantidad arbitrio judicial los daños morales: es decir los daños por la pérdida tranquilidad de la familia en cuanto disminuyendo la actividad y capacidad para el trabajo se produce un daño económico. Sobre este tema está acorde la jurisprudencia de todos los países; y entre muchos ejemplos que se pueden aducir, citaremos la sentencia antes recordada de la Corte de Ancona, la cual, después de haber impuesto a un tal Constantino Agapito, matador del joven Ciro Anconi, en Nocere Umbra, el reembolso en favor de la madre del muerto de todos los daños patrimoniales, le condenó también al pago de mil liras por compensación de los daños morales".

De consiguiente es un postulado del derecho contemporáneo la doctrina de la indemnización en dinero no sólo del daño moral de índole social sino también el meramente espiritual producido por el dolor que hiere los sentimientos afectivos de la persona.

Y en Colombia está consagrada la misma doctrina. Bien conocida es la famosa sentencia de casación del 21 de julio de 1922, en qua le Corte dijo: "El hecho de que en muchos casos sea difícil determinar el quantum de la reparación de un daño moral, esa circunstancia no puede ser óbice para fijarlo, aunque sea aproximadamente, ya que de otro modo habría que concluir que derechos de alta importancia quedaban desamparados por las leyes civiles, cuando quiera que su infracción escapara a la acción de las leyes penales". (Jurisprudencia de la Corte, tomo 3º, número 2932).

"Para estimar los perjuicios causados al querellante por razón del dolor o molestia que le ha producido el hecho inde-

bido o negligente de otro (la extracción de los restos de un ser querido que el demandante tenía depositados en una boveda de su propiedad), los peritos además de las razones que sirvan para fundar su dictamen deben tener en cuenta la intensidad del agravio, la condición social del demandante y de la persona a que se refieren los restos, y la circunstancia de haber comprado aquél la boveda para mantenerlos guardados al amparo de toda profanación". (Obra citada, número 2933).

Y en la misma legislación nacional existe el artículo 95 del actual código penal que expresamente sanciona con el pago de una suma de dinero las lesiones meramente subjetivas al patrimonio moral: "Cuando no fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el Juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos".

Como enseña Demogue todo daño moral es principalmente de carácter subjetivo, porque representa un quebranto de orden espiritual. Puede tener repercusiones objetivas en el patrimonio de la víctima, mas en lo concerniente a esa zona pierde actualidad la discusión del problema de su reparación. El derecho a la indemnización no puede entonces por tal aspecto controvertirse. Quién podrá discutirles a los padres del hijo muerto el derecho a ser indemnizados por el causante de la muerte, en razón de la enfermedad y la incapacidad de trabajo o de actividad comercial a que los redujo el desgraciado suceso? O al comerciante difamado, las pérdidas pecuniarias, que ha experimentado en su negocio, a mérito de la falsa imputación? Concretar la reparación del perjuicio moral a la zona meramente económica del daño recibido, es negar, según lo apuntan los hermanos Mazeaud (obra y tomo citados, número 306) la existencia jurídica de ese daño.

El carácter propiamente subjetivo del

daño moral no puede estructurarse y demostrarse en el proceso en su cuantía y en sus proyecciones económicas, al igual del objetivo o material. Así, es imposible esperar que un padre o una madre que reclaman el derecho a ser indemnizados por la muerte del hijo acrediten la magnitud de su dolor. La aflicción en tal caso es un hecho que emana de la propia naturaleza humana y por eso su consideración se impone al juez con alcances de certidumbre. Tampoco le será posible a la persona herida en un accidente con resultado de quedar permanentemente desfigurada o mutilada en su integridad física, acreditar el grado de tortura moral a que el hecho la va a someter de por vida, y sin embargo al lado de la incapacidad económica, aspecto material que sí puede medirse en el proceso, según las costumbres y las ocupaciones habituales de la víctima, surge innegable para ésta una lesión psicológica de inmensas repercusiones subjetivas por el desequilibrio espiritual que el hecho irreparablemente dañoso lleva a esa vida. Por el hecho de ser tal daño inasible desde el punto de vista material, no hay excusa para que la justicia, como no la hay en el caso de herida a los sentimientos de afección, deje de reaccionar de alguna manera contra el perjuicio. Por ello este caso de daño moral innegable, que se impone con solo plantearlo a la conciencia del juez, merece alguna satisfacción, de índole pecuniaria aun cuando sea, y así lo reconoce la doctrina foránea, según también puede ser comprobado.

Dándose la indemnización del daño moral a título de satisfacción, o de afirmación de parte de la justicia del derecho vulnerado, la cuantía de ella desempeña un papel secundario. Es uno de los casos en que el juez debe resolver arbitrio judicis. La materia no se presta a avalúo judicial directo. Habrá ocasiones en que no será inadecuado que por un proceso indirecto se avalúe el perjuicio recibido, como en el caso que contempló esta Corte de Justicia en la sentencia arriba citada, aun cuando el procedimiento siem-

pre obedece al libre criterio del juez, porque es creado por él.

Y para que el arbitrio *judicis* no se torne en especulación indebida, ni en fuente de ganancias exageradas para la víctima, que serían sus más inmediatos y serios peligros, las indemnizaciones pecuniarias por daño moral deben ser módicas, dado su alcance que no es como en el perjuicio material, de restaurar las pérdidas que haya sufrido el patrimonio económico de la persona lesionada.

Este es el mismo criterio que obliga expresamente a los jueces del crimen, según el preinserto artículo del código penal, de que cuando en la respectiva acción civil que ante ellos se promueva, simultáneamente con la penal, no fuere posible evaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado, el juez fija prudencialmente la indemnización que corresponde al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos. Con la única diferencia de detalle de que el criterio del juez tiene por límite la cantidad expresada.

Y no porque la disposición esté consagrada en el código penal deja por ello de constituir criterio orientador de los jueces civiles. El juez penal que de acuerdo con el código de procedimiento criminal conoce de la acción civil de reparación, y señala el monto de los perjuicios debidos a la víctima, aplica normas sobre cuestiones patrimoniales de derecho privado, con igual competencia de la que emplearía el juez puramente civil en el caso de que sea ante éste ante quien se proponga la acción. No hay ninguna diferencia. Sería ilógico que existiendo en la legislación colombiana una disposición de índole civil que indica un criterio para la indemnización del daño moral puramente subjetivo, se buscara por los jueces civiles un sistema diferente de evaluación solamente porque la norma está dentro del articulado de la ley penal.

Conclusiones

En resumen de lo expuesto en relación con el capítulo de perjuicios, se tiene:

1º No está demostrado que la muerte del menor José Eudoro Vásquez origina-

ra ninguna clase de perjuicios materiales a sus padres Silverio y Felicidad Vásquez;

2º Tampoco se acreditó que el daño moral que a los referidos padres se les causó con la muerte del hijo, tuviera repercusiones de índole económica, avaluables en dinero;

3º Es manifiesto el daño moral de índole subjetiva que se les causó a los demandantes;

4º Como ese daño no puede ser materia de avalúo pericial su satisfacción en dinero debe señalarse directamente por esta Sala haciendo uso del arbitrio *judicis* y adoptando el criterio limitado y módico del artículo 95 del código penal;

5º Por lo tanto la Sala estima en la suma de dos mil pesos (\$ 2,000.00) el valor de la condena a cargo de la parte demandada por los perjuicios invaluables de índole moral.

Sentencia

Basando su fallo en 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, define este pleito así:

1º Condénase al Departamento de Caldas a pagar a Silverio y Felicidad Vásquez, la cantidad de dos mil pesos (\$ 2,000.00) moneda corriente, por el daño moral de afección que aquéllos recibieron con motivo de la muerte trágica de su hijo menor de edad José Eudoro Vásquez, ocurrida el 9 de mayo de 1937 en la línea del Cable Aéreo del Norte, de propiedad del Departamento. El pago se hará en el término de los cinco días siguientes a la fecha en que el tribunal de Manizales reciba nuevamente el expediente;

2º Por no estar demostrado se absuelve a la entidad demandada de la condena al pago de cualquier clase de perjuicios patrimoniales, en razón del mismo hecho.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al inferior.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Piñeda Garrido, Srio."

MOCIONES DE DUELO

La Corte Suprema de Justicia, en sesión plena celebrada el mismo día de la muerte del doctor Juan Antonio Donado V., eminente juriconsulto y miembro prominente de la más alta Corporación de Justicia en la República, aprobó la siguiente moción de condolencia, presentada por el Magistrado doctor José Antonio Montalvo:

La Corte Suprema de Justicia

consigna en el acta de este día la expresión del profundo pesar que la embarga con motivo del fallecimiento de su ilustre Presidente doctor Juan Antonio Donado; rinde sentido tributo de admiración a sus insignes virtudes de magistrado y de ciudadano y dispone concurrir en Corporación a sus funerales y designar una comisión de los Magistrados que elaboren el Proyecto de Acuerdo sobre honores a su memoria.

Publíquese.

En la primera sesión plena de la Corte, después de la muerte del doctor Luis Rueda Concha, sesión efectuada el 10 de julio, aquella entidad, con el voto unánime de sus miembros, aprobó la moción de duelo presentada por los Magistrados Montalvo y Cepeda, que dice así:

La Corte Suprema de Justicia

consigna en el acta de este día la expresión de su hondo pesar por el fallecimiento del señor doctor Luis Rueda Concha, juriconsulto a quien dio renombre nacional su acrisolada probidad intelectual y ética y su extensa y profunda ilustración; padre de familia y ciudadano ejemplar, que se distinguió por un férvido amor a la verdad, la justicia y la libertad, y cuya temprana muerte constituye para la juventud colombiana pérdida irreparable de un insigne Profesor de Derecho y Filosofía.

Una comisión designada por la Presidencia pondrá en manos de la señora viuda e hijos del finado copia de esta moción.

Publíquese.

I N D I C E

	Págs.		Págs.
EDITORIAL — COMENTARIOS A LA LEY 28 DE 1932, por Luis Felipe Latorre	143		
SALA DE CASACION EN LO CIVIL			
OBJECIONES A UNA PARTICION. IGUALDAD DE LOTES—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Popayán de fecha 7 de julio de 1940, en el incidente de partición promovido por Martiniano Paredes y Eduvigis Vásquez. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango	151	DEL CODIGO DE MINAS.—OPOSICION EN ASUNTOS DE MINAS. — APRECIACION DE PRUEBAS.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 22 de junio de 1926, en el juicio ordinario de Próspero Almazán contra la sociedad anónima "Minas de Colombia". Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez..	175
REIVINDICACION - CONFESION. No se infirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá de 13 de abril de 1940, en el juicio ordinario de la señora Elisa Salazar de Salazar contra el Banco Hipotecario de Bogotá. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango	155	ACCION DE PERJUICIOS.—PRETENDIDA RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRACONTRACTUAL. — CASO FORTUITO.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira con fecha 15 de marzo de 1940, en el ordinario sobre responsabilidad e indemnización de perjuicios, seguido por Eudoxia Rojas contra el Municipio de Pereira. Magistrado ponente, doctor Isafías Cepeda	186
ACCION DE DOMINIO Y OTRAS. POSESION PARA LA REIVINDICACION — HIJUELAS. — Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 31 de mayo de 1940, en el juicio ordinario de María Antonia Suárez o Rodríguez contra Isabel Sosa y María del Carmen y Teresa Suárez Sosa. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza	160	MANDATO. — DENUNCIO CRIMINAL. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales del 14 de junio de 1940, en el ordinario de Roberto Franco S. y otros contra Jesús Atehortúa. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez	194
REIVINDICACION. — PRUEBA DIABOLICA. — INSPECCION OCULAR. — BUENA FE. — REFORMATIO IN PEJUS. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja con fecha 7 de febrero de 1940, en el juicio ordinario de Bernardo Alvarez Vargas contra Sara Vargas vda. de Hernández, Julio Hernández Vargas y otros. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca.....	165	SE DECLARA EJECUTORIADA LA SENTENCIA proferida por el Tribunal Superior de Cartagena el 23 de julio de 1940, por haberse corrido más de sesenta días sin que el interesado suministrara papel sellado	200
MINAS. — PERSONERIA ADJETIVA. — INTERPRETACION		ACCION SOBRE INEFICACIA DE UNOS TITULOS—Se casa la sentencia recurrida, se revoca la de primer grado y se niegan por carencia de acción en el demandante todas las peticiones, en el ordinario de Octavio Fuentes contra los herederos y sucesores de Pablo Ruiz y otros.—Magistrado po-	

nente, doctor Liborio Escallón... 201
RECURSO DE HECHO.—RECURSO DE QUEJA.—No hay lugar a considerar el recurso de hecho pedido al Tribunal Superior de Medellín por Manuel José Arango y Luis Felipe Arango, en el ordinario de Francisco González y Víctor Manuel Delgado contra Manuel José Arango. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca. 204
RECURSO DE HECHO.—No hay lugar a considerar el recurso de hecho interpuesto por Guillermo García ante el Tribunal Superior de Pamplona 206
ACCION DE SIMULACION DE UN CONTRATO. — RECURSO DE CASACION. — ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO. — APRECIACION DE LA PRUEBA INDICIARIA. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el día 8 de marzo de 1940, en el ordinario de María Josefa Tobón de Maya, Ramón, Juan de la Cruz, Fernando y Emiliana Maya T. y otros contra Pedro A. Osorio y otros. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 207
OPOSICION A LA POSESION DE UNA MINA. — ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO. INTERPRETACION DE CONTRATOS.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del distrito Judicial de Medellín, con fecha 10 de octubre de 1939, en el juicio sobre oposición a la posesión de una mina de Lázaro Restrepo y otros contra Jorge Jaramillo M. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda..... 214
ACCION JUDICIAL.—DEMANDA. PRESUNCION DE VALIDEZ DE ACTOS CELEBRADOS, APARENTEMENTE CON LAS FORMALIDADES LEGALES. — Se infirma la sentencia del Tribunal de Pasto de fecha 21 de junio de 1940, en el juicio propuesto por Emilio y Hermógenes Garcés y Angelita Guerra de Garcés contra la señora Enriqueta Garcés de López. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango..... 222
OBLIGACIONES EN ORO COLOM-

Págs.

BIANO. — DEPOSITO CIVIL Y DEPOSITO BANCARIO. — No se casa la sentencia de 4 de marzo del año próximo pasado, dictada por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario de María Josefa Jaramillo v. de Londoño contra el Banco de Colombia, sucursal de Manizales. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 228
PERJUICIOS. — RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRA-CONTRACTUAL. — No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 2 de julio de 1940, en el juicio ordinario de Rafael A. Moreno contra la Compañía de Samacá, sociedad anónima domiciliada en Bogotá. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 235
PARTICION. — NULIDAD.—No se casa la sentencia de fecha 10 de agosto de 1939, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en el juicio de partición de María Josefa Reyes de Suárez contra Rafaela Reyes v. de Castro, María Francisca Reyes de Reyes y otros. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 241
CESION DE CREDITOS — Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el 18 de abril de 1940, en el juicio ordinario de Vicente Uribe B. contra José María Gutiérrez. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 250
SIMULACION — NATURALEZA JURIDICA DEL RECURSO DE CASACION. — APRECIACION DE PRUEBAS — Se casa parcialmente la sentencia de 14 de mayo de 1940 del Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de Inés Prada de Reinoso contra Leopoldo Reinoso y María del Carmen Gómez. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 259
ACCION PETITORIA DE DOMINIO. — No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona de fecha 30 de agosto

Págs.

Págs.

de 1940, en el ordinario de Tomás Jaimes Vera contra los sucesores y causahabientes de Policarpa Almeida de Bosh y de Pradilla y otros. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 267

ACCION DE RESCISION POR LESION ENORME. — DICTAMEN PERICIAL. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, de 16 de julio del año próximo pasado, en el juicio ordinario de Carmen y Trinidad Hernández contra Hersilia Domínguez. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón... 271

ACCION DE RESCISION POR LESION ENORME. — DICTAMEN PERICIAL. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el cuatro de junio de 1940, en el ordinario de Roberto Tobón contra Benjamín Tobón. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 278

ACCION SOBRE PAGO DE PERJUICIOS. — ABUSO DEL DERECHO. — No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintiséis de julio de 1940, en el ordinario de Lucía Ballén de Villamil y su hijo Luis Alfonso Villamil B. contra Roberto Morales y Daniel E. Peña. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón. 283

ACCION SOBRE PAGO DE PERJUICIOS. — PRUEBA PERICIAL. — AVALUO DEL PERJUICIO MATERIAL POR LA MUERTE DE UNA PERSONA. DOCTRINA DE LA CORTE SOBRE PERJUICIOS MORALES. Se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha veintisiete de julio de 1940, en el juicio ordinario de Joaquín Cifuentes y Ana Isabel Alvarez de Cifuentes contra el municipio de Medellín. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca. 292

ACCION DE RESCISION POR LESION ENORME. — DICTAMEN PERICIAL. — No se invalida la sentencia en que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo condenó a Abel Ramírez a la pena principal de quince años de presidio por la muerte violenta de su legítima esposa Isidora Albarracín. Magistrado ponente, doctor Campo Elias Aguirre. 305

HOMICIDIO COMETIDO POR UN INDIGENA NO CIVILIZADO. — EN VEZ DE LA PENA DE NUEVE AÑOS DE PRESIDIO A QUE SE LE CONDENO DE ACUERDO CON EL ANTIGUO CODIGO, SE LE APLICAN LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD ESTABLECIDAS POR EL NUEVO. — Sentencia de cuatro de abril de mil novecientos cuarenta y uno, en la cual se resuelve recluir en una colonia agrícola al indígena José Domingo González por un término no menor de cuatro años, y hasta que deje de constituir un peligro para la sociedad. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo. 309

HOMICIDIO. — NULIDAD DE PROCEDIMIENTO POR CUANTO LA AUDIENCIA SE SURTIO SIN QUE EL REO ESTUVIESE ASISTIDO POR DEFENSOR. — Sentencia de siete de mayo de mil novecientos cuarenta y uno por la cual se invalida el fallo del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo que impuso a Adán Alarcón la pena principal de nueve años de presidio. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo. 314

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO EN FAVOR DEL MAGISTRADO GUILLERMO HANSEN POR LOS CARGOS QUE LE HIZO EN EL CONGRESO EL REPRESENTANTE JOSE AGUSTIN NORIEGA. — Se sobresee definitivamente a favor del doctor Guillermo Hanssen, actual Magistrado del Tribunal Superior de San Gil, por los cargos que le hizo el doctor José Agustín Noriega en sesión pública de la Cámara de Representantes, del día veinticin-

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

INTERPRETACION DE UN VEREDICTO. — REPARO AL ARTICULO 365 DEL CODIGO PE-

Págs. SALA DE NEGOCIOS GENERALES

co de agosto de mil novecientos treinta y nueve. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto. 317

LA PROHIBICION A LOS EMPLEADOS PUBLICOS DE INTERVENIR EN POLITICA. — Se revoca la providencia de 6 de febrero del año en curso, por la cual el Tribunal Superior de Bogotá decretó la cesación de todo procedimiento contra el doctor Guillermo Martínez, por el cargo que le hizo el señor Aníbal Ortega de haber intervenido en la política estando de Juez de Circuito en lo Penal de esta ciudad. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto. 343

COPARTICIPACION DELICTUOSA. — VEREDICTO EVIDENTEMENTE CONTRADICTORIO. No se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona que condenó a Tito Pinzón, Ceferino y Santos Muñoz, a diez y nueve años y medio de presidio, cada uno, por el delito de asesinato en Idefonso Vergel. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 345

APLICACION DE MEDIDAS DE SEGURIDAD A DELINCUENTES ANORMALES, EN LOS CASOS NO PREVISTOS POR EL ARTICULO 29 DEL C. P. DE 1890. — Se resuelve recluir en un manicomio criminal por un término no menor de dos años, a Antonio Muñoz Leal, responsable de asesinato cometido en la persona de su mujer legítima Inocencia Carreño. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto. 353

EL PARRICIDIO ANTE LA LEGISLACION PENAL DE 1890. — No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, fechada el ocho de septiembre de 1939, que condenó a Justino Gil a la pena principal de veintiún años de presidio por los delitos de parricidio en la persona de su abuelo Ignacio Gil, homicidio en la persona de Mercedes Palacios y heridas a Eva Gutiérrez. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto. 362

Págs.

OPOSICION A PROPUESTAS DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS.—VENTAS EN REMATE DE BIENES POR PARTE DEL ESTADO.—Se declaran fundadas las oposiciones formuladas por la Richmond Petroleum Co. of Colombia, Abel Acosta Valdés, el Colegio de San Simón de Ibagué, Roberto Robledo Uribe y Luisa Robledo de Gómez a la propuesta hecha por Jaime Gutiérrez; se consideran infundadas las de los municipios de La Dorada y Sonsón y se prescinde de considerar otras. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 368

PENSION — Se revoca la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el juicio sobre petición de una pensión de jubilación a favor de Lisandro Jaime y en contra del Estado. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 388

EXCEPCIONES. — FIANZA DE MANEJO.—Se declaran infundadas las excepciones propuestas por los señores Aniceto Celis G. y Gabriel Sarmiento, en el juicio ejecutivo que el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá sigue contra Juan de Dios Fernández y los excepcionantes. Magistrado ponente, doctor Juan A. Donado V. 393

INDEMNIZACION EN CASO DE EXPROPIACION. — COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO DE ESAS ACCIONES. Se confirma la resolución dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona el 6 de junio del año próximo pasado, en el juicio ordinario promovido por Anatolio y Régulo Alvarez contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 397

SOCIEDADES EXTRANJERAS EXPLOTADORAS DE PETROLEOS.—IMPUESTOS QUE DEBEN PAGAR. — EXCEPCION DE PETICION ANTES DE TIEMPO. — Se revoca el fallo

	Págs.		Págs.
proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 15 de junio de 1940, en el juicio ejecutivo que sigue el Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales de Cundinamarca contra la Colombian Petroleum Company. Magistrado ponente, doctor Juan A. Donado V.	401	RESARCIMIENTO POR DAÑOS. PERJUICIOS MORALES. — Se revoca la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Manizales de fecha 13 de febrero de 1939, en el juicio de María Rosa Gómez v. de Urrea y otros contra el Departamento de Caldas. En su lugar se condenó al pago de perjuicios materiales y morales al Departamento demandado. Magistrado ponente, doctor Anibal Cardoso Gaitán	424
INEXISTENCIA DEL TITULO EJECUTIVO. — Se declara probada la excepción de inexistencia del título ejecutivo propuesta por la Frontino Gold Mines, Limited, en el juicio que le seguía el Juzgado de Rentas Nacionales de Medellín. Magistrado ponente, doctor Juan A. Donado V.	408	PERJUICIOS. — RESPONSABILIDAD POR CULPA. — REQUISITOS PARA QUE SEA VIABLE LA ACCION DE RESPONSABILIDAD — PERJUICIO ACTUAL Y PERJUICIO FUTURO.—PERJUICIO CIERTO Y PERJUICIO HIPOTETICO — DOCTRINA DE LOS AUTORES — PERJUICIOS MORALES. — Se revoca la sentencia de 13 de marzo de 1939 dictada por el Tribunal Superior de Tunja, en el juicio de Pedro Murcia y Alejandrina Castro contra el Departamento de Boyacá por indemnización de perjuicios. Magistrado ponente, doctor Juan A. Donado V.	437
EXCEPCION DE PETICION ANTES DE TIEMPO — Se revoca el fallo dictado por el Tribunal Superior de Bogotá y en su lugar se declara probada la excepción de petición antes de tiempo, en el juicio de la Recaudación de Impuestos de Registro y Anotación del círculo de Bogotá contra The South American Gulf Oil Company. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta	411	PERJUICIOS. — RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR DE PERSONAS — RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO DE VIAS FERREAS. — PRUEBA DE LA AUSENCIA DE CULPA Y PRUEBA DEL CASO FORTUITO. — PERJUICIOS MORALES. — DOCTRINA DE LOS AUTORES SOBRE ESTE PUNTO. — Se condena al Departamento de Caldas al pago de los perjuicios morales ocasionados a Silverio y Felicidad Vásquez con la muerte de su hijo José Eudoro, ocurrida en el Cable Aéreo del Norte. Y se le absuelve de toda otra clase de perjuicios. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta	457
REVOCACION DEL AUTO EJECUTIVO DE 14 DE OCTUBRE DEL AÑO PASADO — DEUDAS EN MONEDAS EXTRANJERAS. Se revoca el auto ejecutivo de fecha 14 de octubre del año pasado dictado por la Corte en el juicio seguido por The Marine Midland Trust Company of New York contra el Departamento del Tolima. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta	415		
INCIDENTE DE NULIDAD. — Se confirma el auto de 14 de octubre de 1940 del Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá contra los señores Francisco Clement y otros. Magistrado ponente, doctor Juan A. Donado V.	422		
ACCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR PERJUICIOS—CONTRATO DE TRANSPORTE. —			

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

“Saber las leyes non es tan solamente en aprender et decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento”.

(SIETE PARTIDAS: PARTIDA 1a., TITULO 1o., LEY XIII).

“Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite”.
(Proemium Institutio num D. Justiniani)

TOMO LI Bogotá—Septiembre y octubre de 1941. NUMEROS 1973 y 1974.

EL PRESIDENTE DE LA CORTE HA MUERTO

En este año ha rondado la muerte con medrosa agilidad alrededor de la Corte Suprema de Colombia. Desapareció primero Tancredo Nannetti, Magistrado de largo y fecundo ejercicio, ciudadano ilustre y jurista de fama dilatada; nos tocó dar hace menos de tres meses la final despedida, en medio de la conmovedora tristeza de sus jóvenes discípulos, al eminente profesor Luis Rueda Concha, gran jurisconsulto, intransigente y exaltado defensor de la verdad, la justicia y la libertad, en quien no se sabía qué admirar más, si la lucidez de su sentido ético, su penetrante inteligencia o su extensa y sólida versación en Derecho, Moral, y Política; y breves semanas después se fue también el doctor José Antonio Archila, notable

abogado, benedictino ordenador de la legislación patria y uno de los más versados en el Derecho Administrativo.

Los tres Nannetti, Rueda Concha y Archila nos acompañaron como Conjueces en recientes y delicadas labores de la Corte.

Apenas volvíamos de la dolorosa sorpresa causada por tan sensibles pérdidas, cuando Dios quiso posar también su mano —siempre benéfica— en la cabeza misma de la Suprema Corte de Justicia.

Este luctuoso acontecimiento como que viene a poner de relieve la verdad, no por trivial menos cierta, de que los encargados de administrar justicia también deben responder, en juicio de única instancia y ante el más misericordioso pero tre-

mendo Tribunal, que exige cuenta estricta e imparte la justicia definitiva.

Dichoso el Juez que como Juan Antonio Donado, con alma blanca y corazón sin odios, llega a las riberas del misterioso océano.

Porque él como hombre de hogar, como colombiano, como trabajador y como Juez fue un hombre bueno. El hondo sentido de las palabras se va desvaneciendo con el uso inmoderado que de ellas se hace. Pero si a esta se le da su genuino valor, expresa el mejor elogio que de un hombre podemos hacer. Y esa palabra compendia la vida y el aquilatado valor de nuestro compatriota: Juan Antonio Donado fue un hombre bueno.

Sus virtudes cívicas lo indicaron en cierto momento para el más encumbrado cargo de la jerarquía política y administrativa de su Departamento nativo; pero la verdadera vocación del doctor Donado fue la carrera judicial en la cual ascendió por rigurosa escala desde las jurisdicciones inferiores, civil y penal, pasando largos años por la magistratura de Tribunal Superior, hasta llegar a la Suprema Corte donde sus méritos y dotes personales, principalmente la ecuanimidad, hicieron que culminara en la Presidencia de la Corporación.

Perfecto decoro personal; sentido de la justicia, que el lenguaje forense denomina criterio jurídico; consagración sin vanos alardes al cotidiano trabajo, sabiduría y nobleza en el debate de los fallos judiciales y una pulcritud no empañada siquiera por el hábito del fervor partidista, fueron sus más salientes rasgos.

La labor del magistrado suele no ser el tranquilo y sosegado disfrute de una prebenda como algunos creen. Diaria es la brega y sin reposo: el hombre de recta conciencia que tie-

ne en sus manos el fallo de un pleito o el temeroso ejercicio de la justicia penal, vive obsesionado por el problema, siempre grave, siempre difícil, que debe resolver; y no puede confinar en las Salas de Justicia el apremiante afán de acertar, que muerde y lima en las horas de descanso y en las apacibles de la casa lo mismo que en las destinadas al despacho judicial. Así fue la vida del Juez Donado.

Con imperturbable serenidad supo también guardar altivo y tranquilo silencio ante adversos comentarios que en ocasiones, y por cierto sin motivo justo, pudieron suscitar algunas actitudes suyas. Cuando en el curso de un proceso se agravia al Magistrado, aun desde antes de que dicte su fallo, debe callar si quiere mantenerse libre y sereno. No podría salir a la plaza pública en son de combate sin exponerse al grave riesgo de prejuzgar. La marcha de la cosas y de los días logrará talvez justificarlo; y si no, en esto mismo consiste cabalmente el mérito de aquel sacrificio.

Candorosa la idea que el vulgo tiene de lo que debe ser la probidad del Juez, creyendo que sólo consiste en mostrarse incorruptible ante la dádiva. La entereza del magistrado es algo más elevado y fuerte todavía cuando no se doblega por el temor reverencial, ni es pusilánime ante el clamoreo de la muchedumbre, ni se deja influir por móviles políticos.

De ello deja el Presidente Donado ejemplos memorables.

Cuéntase que al principiar su carrera, muy joven todavía, le tocaba conocer, como Juez de circuito, en un pleito electoral y que cierto prestigioso jefe de la causa política a que él pertenecía lo visitó para tratarle de ese asunto. El doctor Donado lo escuchó con la amable actitud que le era propia y, sin ira pero con

firmeza le replicó: "No he estudiado aún el negocio; cuando llegue el tiempo de fallar lo haré en estricta justicia, sea en sentido favorable o adverso a mi partido". Conviene saber que la sentencia, acorde con lo que la ley y las pruebas exigían, resultó contraria al interés de su partido.

Imposible imaginar al doctor Donado en ánimo beligerante cuando cumplía la función judicial. Sus actuaciones en la Corte fueron siempre elevadas y ajenas al criterio político, como correspondía a su alcurnia mental y a la dignidad de esta Corporación que tradicionalmente, a través de la historia colombiana, ha merecido el respeto nacional y aun el de extrañas gentes.

La probidad intelectual y moral del doctor Donado; la encantadora modestia de su vida; una benevolencia ingénita y sin cesar practicada; su rectitud de juzgador dotado de clara inteligencia y de ánimo justiciero, son virtudes y méritos que hacen su nombre acreedor a la admiración pública como ejemplo de Magistrados.

Duelo nacional ha sido la muerte del Presidente de la Corte, y así lo han expresado los Tribunales de Justicia, las Cámaras Legislativas y el Gobierno, en conmovidas palabras.

A sus exequias dio especial pompa el Presidente de la República, quien además le hizo tributar por el Ejército los honores militares correspondientes a la más elevada categoría civil.

Altos funcionarios del Estado y señaladas personalidades de la capital rindieron en el funeral un solemne homenaje a quien lo merecía como cabeza del orden judicial y también como ciudadano esclarecido.

La muerte, pasajera desintegración de la persona humana, que humilla la materia al libertar el espíritu, fue un ejemplar acontecimiento en el caso del doctor Juan Antonio Donado.

Su posible indiferencia religiosa se asombraría tal vez al vislumbrar la ribera del más allá; y al anunciársele la amistosa visita de un sacerdote, el enfermo lo recibió no sólo con su habitual cortesía sino con espontánea solicitud de confesar sus culpas. En el creyente esto viene a ser al propio tiempo confesión de la divinidad de Cristo.

Bien merecía aquella vida recta y sencilla que la gracia de Dios le deparase tan tranquilo acabar.

Sus amigos de la Corte, entristecidos, hubimos de acompañar el cadáver de nuestro inolvidable Presidente al campo de aviación.

Y allí, ante lejanos horizontes, sus despojos mortales, no entregados a las fauces hambrientas de la tierra sino en viaje a la gran ciudad nativa que reclamaba a su hijo dilecto, volaron hacia el mar por el espacio ilimitado y bajo un sol radiante, como emblema de la fuga que emprendía su alma a las cumbres luminosas de la eternidad.

JOSE ANTONIO MONTALVO

M O C I O N D E D U E L O

ACUERDO N° ...

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,
REUNIDA EN PLENO,

CONSIDERANDO:

Que acaba de fallecer en esta ciudad su Presidente, señor doctor Juan Antonio Donado;

Que el extinto en su vida pública y privada sobresalió por su probidad, su honestidad intachable, sus singulares dotes de patriotismo y gallardía y su consagración al cumplimiento del deber;

Que a lo largo de su brillante carrera judicial, que culminó en la Magistratura y Presidencia de esta Corporación, se distinguió por su honradez inmaculada, su amplia visión jurídica, sus vastos conocimientos y su desvelada laboriosidad,

A C U E R D A :

Manifestar el profundo dolor por la desaparición del eminente ciudadano señor

doctor Juan Antonio Donado y presentar su vida, llena de virtudes y merecimientos, como ejemplo a la juventud colombiana y especialmente a los funcionarios del Orden Judicial de la República.

Este Acuerdo se enviará en sendos ejemplares autógrafos a la señora viuda, al hermano del finado y se publicará en la GACETA JUDICIAL, en la prensa de esta ciudad y en la de Barranquilla, cuna del extinto.

Dado en Bogotá, a los veinticinco días del mes de agosto de mil novecientos cuarenta y uno.

José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre — José Miguel Arango — Aníbal Cardoso Gaitán — Isaias Cepeda — Liborio Escallón — Absalón Fernández de Soto — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Pedro León Rincón — Hernán Salamanca — Arturo Tapias Pilonieta — Emilio Prieto H., Secretario.



DOCTOR JUAN ANTONIO DONADO,
Presidente de la Corte Suprema de Justicia, fallecido el 22 de agosto
de 1941.

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

ACCION DE NULIDAD DE UN REMATE Y OTRAS.—ACCION DE DOMINIO COMO CONSECUENCIA DE LA DE NULIDAD.—CESION DE DERECHOS LITIGIOSOS Y CESION DE CREDITOS.

1.—Conforme a los artículos 39 y 41 de la ley 57 de 1887 y 15 de la ley 40 de 1907, en relación con el 261 del antiguo C. J., y con lo estatuido por el 1027 del mismo y 188 de la ley 105 de 1890 sí podía comunicarse el embargo de un derecho litigioso antes de notificarse el auto respectivo, porque esa comunicación es la que da efectividad al embargo, que de otra manera podría llegar a ser ineficaz.

2.—La acción de dominio es consecuencia de la de nulidad intentada contra el remate, porque es claro que si éste fuera nulo aquélla debería prosperar.—3. En concepto de la Corte no son propiamente aplicables a la cesión de un derecho litigioso, para que aquélla se perfeccione, las reglas relativas a la notificación al deudor de la cesión de los créditos, no sólo porque no lo dice la ley, sino porque constituyendo el derecho litigioso el evento incierto de la litis, no se sabe si hay deudor mientras no termine el juicio. Es verdad que el artículo 1971 del C. C. habla de que se haya notificado la cesión al deudor, pero ello se refiere a los casos en que ya se sabe que existe un deudor, y tiene por objeto fijar la fecha desde la cual se deben intereses. Lo que sí es necesario, para que la enajenación del derecho litigioso surta sus efectos en el juicio respectivo y tanto la contraparte como los terceros y el Juez que conocen

del asunto tengan conocimiento de ellas, es que el cesionario se presente al juicio a pedir que se le tenga como parte, en su calidad de subrogatario del derecho litigioso del cedente, o por lo menos que presente el título de la cesión y pida al Juez que se notifique a la contraparte que él ha adquirido ese derecho, porque mientras esto no suceda no sale para aquéllos del poder del cedente el derecho litigioso, y por lo mismo, puede ser embargado válidamente por los acreedores del propio cedente, o puede el deudor pagarle al cedente el resultado del juicio.

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

(Magistrado ponente: Dr. Isaías Cepeda)

Son antecedentes de este negocio:

El señor José E. Alfonso siguió juicio ordinario, en el Juzgado 6º Civil de este Circuito, contra el Ingenio Central San Antonio, sobre incumplimiento de un contrato.

Por documento privado de fecha 22 de julio de 1930, reconocido ante un juez el primero de septiembre del mismo año, el citado Alfonso cedió a Sérvulo de J. López el resultado de la litis, o sean los derechos litigiosos representados en el indi-

cado juicio, que posteriormente fue fallado en favor de Alfonso.

A su vez, Eduardo Canal González siguió un juicio ejecutivo contra José E. Alfonso en el Juzgado 1° Civil de Bogotá, en el cual juicio, por auto de fecha 30 de agosto de 1930, se embargó el resultado de la litis, esto es, los derechos litigiosos de que se ha hablado.

Antes de notificar el auto respectivo, el Juez 1° comunicó el embargo referido al Juez 6°, por medio del oficio número 758, del 2 de septiembre de 1930, que fue recibido el mismo día por el Secretario del Juez 6° y agregado al expediente.

El 20 de mayo de 1935 se adjudicaron a Eduardo Canal González, en remate público, los derechos litigiosos mencionados, sin que, a juicio del actual demandante López, se hubiera "verificado el embargo ni el secuestro de la cosa que debía rematarse, de acuerdo con las disposiciones entonces vigentes".

Por auto del 6 de julio de 1936, dictado por el Juez 6°, fue reconocido Eduardo Canal González, en virtud del citado remate, como dueño de los derechos litigiosos correspondientes a José E. Alfonso en ese juicio.

El 19 de junio de 1935, hallándose en la Corte el juicio seguido por Alfonso contra el Ingenio Central San Antonio en estado de fallar el recurso de casación que se había interpuesto, pues ya se había registrado proyecto, se presentó López a pedir que se le reconociera como cesionario de los derechos litigiosos que había comprado a Alfonso. La Corte, en auto de fecha 13 de agosto de 1935 resolvió que no tenía atribución para acceder a la solicitud de López.

Vuelto el expediente al Juzgado 6°, López formuló allí petición idéntica a la que había hecho a la Corte, la cual le fue negada también por auto de fecha 27 de julio de 1936, confirmado luego por autos del 10 de agosto y del 16 de septiembre del mismo año.

Así las cosas, el 14 de agosto de 1936 presentó el señor Sérvulo de J. López de-

manda ordinaria contra los Sres. Eduardo Canal González y José E. Alfonso, que fue repartida al Juez 1° Civil de este Circuito y en la cual pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA: Que es nulo el remate verificado el día 20 de mayo de 1935 y aprobado por auto de 21 de los mismos, el que se efectuó en el Juzgado primero de este Circuito, en el juicio ejecutivo adelantado por Eduardo Canal González contra José E. Alfonso, y que tuvo por objeto la acción, derecho a las resultas del juicio seguido por José E. Alfonso contra la sociedad denominada Ingenio Central San Antonio, en el Juzgado 6° de este Circuito, por violación de parte de esta última sociedad del contrato consignado en el documento de 28 de mayo de 1928, por cuanto para la efectuación del remate no se embargó ni secuestró en la forma legal la cosa u objeto del remate.

"SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración, se me reconozca como único dueño de las resultas del juicio seguido por José E. Alfonso contra el Ingenio Central San Antonio, por haber comprado yo ese derecho, como así consta en documento firmado en esta ciudad el día 22 de julio de 1930 y reconocido el primero de septiembre del mismo año.

"Subsidiariamente solicito se hagan estas otras declaraciones:

"TERCERA: Que el embargo de la acción o resultas del juicio seguido por José E. Alfonso contra el Ingenio Central San Antonio, decretado en auto de 30 de agosto de 1930 en el juicio seguido por Eduardo Canal González contra José E. Alfonso ante el Juzgado primero del Circuito no me perjudica, ni ninguno de los otros actos consumados en ese juicio relacionados con mi derecho, y por consiguiente que soy dueño y tengo derecho a percibir el valor de las resultas del juicio seguido por José E. Alfonso contra el Ingenio Central San Antonio, porque antes de que el ejecutante hubiera pretendido embargarlo a Alfonso ese derecho, ya había pasado a mi poder.

“CUARTA: Que en cualquiera de los dos casos anteriores se declare que el demandado Eduardo Canal González está obligado a pagarme los perjuicios que me ha causado, por haber terciado en el juicio ordinario seguido por José E. Alfonso contra el Ingenio Central San Antonio, apoyándose en un acto nulo y sin valor, e impidiendo de esta suerte que yo perciba el valor de mi derecho.

“QUINTA: Que en caso de que se opongan en alguna forma a la prosperidad de mis pretensiones, se les condene al pago de las costas procesales”.

Esta demanda fue fallada en primera instancia por el Juez 1º por sentencia de fecha veintidós de febrero de mil novecientos treinta y ocho, en la cual negó tanto las peticiones principales como las subsidiarias y absolvió a la parte demandada de los cargos que se le habían formulado.

Apelado ese fallo por el actor y agotada la tramitación de segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo confirmó por sentencia fechada el treinta de abril de mil novecientos treinta y nueve, aunque por razones distintas de las aducidas por el Juez a quo.

Consideró que como las sentencias dictadas en el juicio a que se referían los derechos litigiosos cedidos por Alfonso a López no se presentaron debidamente registradas, no hacían fe y por lo mismo el actor no había probado el interés jurídico que tuviera para iniciar la acción propuesta, y había ilegitimidad sustantiva de la personería, lo que hacía innecesario estudiar el asunto en el fondo.

El Tribunal, en la sentencia acusada, estimó que no había ilegitimidad de la personería sustantiva del actor, porque la cesión del derecho litigioso hecha por Alfonso a López se demostraba plenamente con el documento privado en que se hizo constar, independientemente de las sentencias dictadas en el juicio respectivo, y, por tanto, entro a hacer el estudio de fondo.

El Tribunal acepta que el embargo del

derecho litigioso se comunicó antes de ser notificado el auto que lo decretó, pero considera que esa providencia es de las que pueden cumplirse aunque no se hayan notificado, en virtud de lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley 57 de 1887 y 15 de la Ley 40 de 1907.

Estima también que el embargo, secuestro y avalúo del derecho litigioso cuestionado quedaron legalmente hechos con el aviso que se dio por el Juez 1º al Juez 6º, por medio del oficio número 758, del 2 de septiembre de 1930, que fue recibido oportunamente por el Secretario del Juez 6º, y con la diligencia de avalúo practicada el 2 de marzo de 1931, y considera por lo mismo que el remate no quedó viciado de nulidad.

Respecto de la segunda petición principal de la demanda, tendiente a que se declare que el actor es único dueño del referido derecho litigioso, el Tribunal consideró que no es una consecuencia de la acción de nulidad intentada, sino una acción declarativa de dominio, toda vez que el actor López se funda en que el título de la cesión hecha por Alfonso a él debe prevalecer sobre el remate verificado por Canal González, pero la negó también por que estimó que conforme a lo dispuesto en el artículo 1971 del C. C. son aplicables a la cesión de derechos litigiosos las reglas relativas a la cesión de créditos, en cuanto hacen referencia a la notificación de la cesión al deudor, y dice que como el remate del referido derecho litigioso por el demandado Eduardo Canal González se consumó y quedó aprobado más de un año antes de que López hiciera notificar la cesión al Gerente del Ingenio Central San Antonio, Canal González adquirió válidamente ese derecho y contra el expresado remate no produjo efectos la cesión hecha por Alfonso a López.

El Tribunal negó también las peticiones subsidiarias formuladas por el demandante, fundándose en que el embargo y el remate del derecho litigioso se verificaron legalmente y antes de notificar la cesión al deudor.

El recurso.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el actor, el cual, hallándose debidamente preparado, se pasa a decidir.

Dice el recurrente que acusa la sentencia por la primera de las causales enumeradas en el artículo 520 del C. J., o sea por ser "violatoria de la ley sustantiva por violación directa, o aplicación indebida o interpretación errónea; porque en la sentencia se aprecian elementos probatorios inexistentes en los autos y se omite la apreciación de otros que se hallan en el expediente", y señala como violados los arts. 740, 754, ordinal 1º, 761, 1494, 1500, 1602, 1618, 1762, 1960, 1961, 1962, 1963, 1969, 1970 y 1971 del C. C.; 1033 del Código Judicial anterior; 277, 282, 451 y 1009 del C. J. vigente hoy; 33, 39 y 41 de la Ley 57 de 1887; 37 y 214 de la Ley 105 de 1890 y 15 de la Ley 40 de 1907.

Concretando y resumiendo las argumentaciones del recurrente, sostiene que el remate verificado el día 20 de mayo de 1935 es nulo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 214 de la Ley 105 de 1890 y en el ordinal 2º del artículo 451 del C. J. actual, porque no hubo secuestro del derecho litigioso embargado, y que no hubo secuestro porque el auto en el cual se decretó el embargo no podía cumplirse sin haberse notificado previamente a las partes; porque la contravención a esta exigencia legal implica la invalidez o inexistencia de la comunicación librada por el Juez 1º al Juez 6º del Circuito; porque en el juicio ejecutivo seguido por Canal González contra Alfonso no existe constancia alguna sobre si el Juez 6º recibió o no el oficio remitido por el Juez 1º para comunicarle el embargo, y porque la única manera reconocida por la ley vigente en el año de 1930 para hacer el secuestro de un crédito u otro derecho semejante, era la de la prevención directa y personal hecha al obligado en la forma prescrita por el artículo 1033 del C. J.

En lo tocante a la acción de dominio alega el recurrente que la enajenación del

derecho litigioso quedó perfeccionada con el otorgamiento y reconocimiento del documento en que se hizo constar, y que la sentencia viola las disposiciones relativas a la cesión de créditos, que no son aplicables a la cesión de los derechos litigiosos.

Sostiene el recurrente que en la sentencia acusada se cometió el error de apreciar elementos probatorios inexistentes en autos, y de apreciar mal otros aducidos por las partes, y dice que en el proceso no hay comprobante alguno que demuestre que la adquisición del derecho litigioso alegada por Canal González haya sido notificada al Gerente del Ingenio Central San Antonio, en tanto que él sí comprobó que desde el 19 de junio de 1935 presentó al juicio seguido por Alfonso contra el Ingenio el comprobante de su derecho, y que desde entonces la parte demandada debió tener conocimiento de su pretensión, porque el auto recaído a su solicitud fue legalmente notificado, y agrega que si después, con fecha 20 de agosto de 1936, le hizo hacer una nueva prevención al Gerente del Ingenio, ello no quiere decir que antes no tuviera conocimiento legal de su derecho.

Respecto de las peticiones subsidiarias dice el recurrente que sirven para sostenerlas, las razones aducidas para las principales.

Estudio de los cargos.

Considera la Corte que sí podía comunicarse el embargo del derecho litigioso decretado por el Juez 1º el 30 de agosto de 1930, antes de notificarse el auto respectivo, porque esa comunicación es la que da efectividad al embargo, que de otra manera podría llegar a ser ineficaz, y porque para ello estaba autorizado el Juez, no sólo por lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley 57 de 1887 y 15 de la Ley 40 de 1907, en relación con el 261 del antiguo Código Judicial, sino también por lo estatuido en los artículos 1027 del mismo Código y 188 de la Ley 105 de 1890, entonces vigentes.

No es admisible la tesis sostenida por el recurrente sobre que no se verificó el secuestro del derecho litigioso en forma legal, porque no se previno al Gerente del Ingenio Central San Antonio que se entendiera con el depositario nombrado y porque no se le dio a éste noticia de dicha prevención.

No hay duda alguna de que el oficio por medio del cual se comunicó el embargo fue recibido oportunamente por el Secretario del Juez 6º, quien lo agregó inmediatamente al expediente, en donde surtió sus efectos de sacar del comercio el derecho litigioso, como resulta aun del auto mismo dictado por la Corte, en lo referente a una petición hecha por López para que se le reconociera como cesionario de Alfonso, auto en el cual se observa que en autos figura el referido oficio de embargo. Es claro que habría sido más ajustado a las reglas procedimentales que el Juez 6º hubiera dictado un auto en que hubiese ordenado acusar recibo del oficio de embargo, agregarlo al proceso y ponerlo en conocimiento de las partes, pero porque dejara de hacerlo no puede sostenerse que éstas no tuvieron conocimiento del embargo, porque, como se ha dicho, es incuestionable que el oficio obró oportunamente en el juicio, en donde sirvió no sólo para tener por legalmente embargado el derecho litigioso, sino para prevenir al Gerente del Ingenio acerca de tal embargo, lo que constituía para el caso el secuestro simbólico del mismo.

En consecuencia no es fundado el cargo que se acaba de analizar.

En lo tocante a la acción de dominio ejercitada por el actor estima la Corte, contra la opinión del Tribunal, que sí es consecuencia de la acción de nulidad intentada contra el remate, porque es claro que si éste fuera nulo aquélla debería prosperar, pero aun aceptando que dicha acción hubiera sido iniciada independientemente, como declarativa de dominio, según la apreció el Tribunal, tampoco puede ser eficaz, aunque no por razones sostenidas en la sentencia, sino por otras.

En concepto de la Corte no son propia-

mente aplicables a la cesión de un derecho litigioso, para que aquélla se perfeccione, las reglas relativas a la notificación al deudor de la cesión de los créditos, no sólo porque no lo dice la ley, sino porque constituyendo el derecho litigioso el evento incierto de la litis, no se sabe si hay deudor mientras no termine el juicio. Es verdad que el artículo 1971 del C. C. habla de que se haya notificado la cesión al deudor, pero ello se refiere a los casos en que ya se sabe que existe un deudor, y tiene por objeto fijar la fecha desde la cual se deben intereses.

Lo que sí es necesario, para que la enajenación del derecho litigioso surta sus efectos en el juicio respectivo y tanto la contraparte como los terceros y el Juez que conoce del asunto tengan conocimiento de ella, es que el cesionario se presente al juicio a pedir que se le tenga como parte, en su calidad de subrogatario del derecho litigioso del cedente, o por lo menos que presente el título de la cesión y pida al Juez que se notifique a la contraparte que él ha adquirido ese derecho, porque mientras esto no suceda, para aquéllos el derecho litigioso no sale del poder del cedente, y, por lo mismo, puede ser embargado válidamente por los acreedores del propio cedente, que fue lo que aconteció en el negocio que se estudia, o puede el deudor pagarle al cedente el resultado del juicio.

En el caso que se contempla el derecho litigioso de Alfonso se embargó por auto del 30 de agosto de 1930, que se comunicó al Juez 6º en oficio de fecha 2 de septiembre del propio año, es decir, mucho antes de que López se hiciera presente en el juicio, y desde el momento en que se comunicó el embargo quedó el derecho litigioso fuera del comercio. El 20 de mayo de 1935 se adjudicó a Canal González, en remate público que fue aprobado al día siguiente, 21 de mayo, ese derecho, sin que López se hubiera aún presentado al juicio, cosa verdaderamente inexplicable toda vez que López debía tener en su poder el documento de fecha 22 de julio de 1930, reconocido el 1º de septiembre

del mismo año, por medio del cual le había cedido Alfonso el derecho litigioso de que se viene hablando. Fue sólo el 19 de junio de 1935, cuando ya se había verificado y aprobado el remate, cuando López se presentó ante la Corte, en el juicio respectivo, a pedir que se le tuviera como parte, en su calidad de cesionario de Alfonso.

En esas condiciones no es posible hacer prevalecer el título de López sobre el de Canal González, y no puede infirmarse la sentencia acusada, aunque, como se ha visto, por razones distintas de las aducidas por el Tribunal en esta parte.

Es igualmente inadmisibles el cargo consistente en que el Tribunal apreció elementos probatorios inexistentes en el expediente, y en que apreció mal otros aducidos por las partes, porque como varias veces se ha dicho, no hay duda alguna de que el oficio en que se comunicó el embargo del derecho litigioso fue recibido oportunamente por el Secretario del Juzgado 6º y agregado al juicio, en donde lógicamente surtió todos sus efectos legales. Además, aparece demostrado que Canal González fue reconocido como dueño del derecho litigioso que le fue adjudicado en remate, y si López no lo fue, ello no obedeció a que no se tuviera en cuenta su solicitud, sino a que la formuló, no sólo después de estar embargado el derecho litigioso sino después de que éste había sido adjudicado en remate público a Canal González. No existe, pues, error de hecho ni de derecho en la sentencia,

en relación con las pruebas que obraron en autos.

Nada especial trae el recurso para rebatir las razones expuestas por el Tribunal para negar las peticiones subsidiarias de la demanda, las cuales no pueden prosperar porque siendo legal el embargo, el secuestro y el remate del derecho litigioso de que se ha venido haciendo mérito, esas peticiones carecen de fundamentos jurídicos

En consecuencia, no es el caso de infirmar la sentencia acusada, pero como el recurso ha dado lugar a que se rectifique, en parte, la doctrina del Tribunal, no se hará condenación en costas.

A virtud de lo expuesto, 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 con fecha treinta de abril de mil novecientos treinta y nueve.

Sin costas en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Isaías Cepeda—José Miguel Arango—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Ernesto Vasco Gutiérrez—Pedro León Rincón, Srio. en ppad.

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS — DOCUMENTOS ROTOS, ENMENDADOS,
SUPLANTADOS O ADULTERADOS

El artículo 652 del C. J. no contempla el caso de pedazos de documentos, sino de documentos completos que hayan sufrido alguna alteración o algún rompimiento, pero a los cuales no les falte una buena parte de su contenido.

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

(Magistrado ponente: Dr. Isaías Cepeda)

El 7 de septiembre de 1936 presentó el doctor Carlos J. Infante demanda ordinaria contra el señor Roberto Tobón, que fue repartida al Juzgado 4º Civil de este Circuito y en la cual pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

“Primera: Que mi demandado, señor Roberto Tobón, debe pagarme dentro del plazo que usted fije, la suma que peritos abogados competentes señalen como precio de los honorarios que me adeuda por los servicios profesionales que le he prestado desde el año de mil novecientos nueve hasta hoy, descontando lo que él compruebe con sus libros comerciales y recibos míos auténticos que me ha pagado, todo lo cual debe imputarse al pago de los servicios de mayor antigüedad.

“Segunda: Que mi demandado debe pagarme, según el concepto de los mismos peritos, el valor de los perjuicios que con relación a mi derecho sufrí yo por el incumplimiento del contrato de arrendamiento que celebró él con los señores Enrique Sánchez, Julio Duarte Cuéllar, Martín Restrepo Mejía y conmigo, en su calidad de Gerente de la Sociedad Editorial

S. A., de la imprenta ubicada en la carrera 7ª, entre calles 17 y 18; y

“Tercera: Que mi demandado debe pagarme el valor que los mismos peritos fijan por la atención, el cuidado y la defensa que yo le presté durante año y medio a la imprenta, casa, maquinaria, muebles y demás enseres de la Sociedad Editorial nombrada, elementos todos que me fueron entregados a principios del año de mil novecientos treinta por el recomendado especial de mi demandado señor Tobón, Gerente de la Empresa y por mandato suyo que yo acepté y cumplí con todo el esmero que hubiera puesto mirando aquello como cosa propia”.

Como hechos fundamentales de su demanda el doctor Infante manifestó haberle servido a Tobón como perito en dos ocasiones, y haberle gestionado, como abogado, algunos juicios.

Dijo también que Tobón, como Gerente de la empresa denominada Sociedad Editorial, S. A., celebró con el demandante y con otros señores un contrato, que luego no cumplió, en relación con lo cual relata varios incidentes.

Surtida la tramitación de la primera instancia, el Juez del conocimiento decidió el pleito por sentencia de fecha cinco de junio de mil novecientos treinta y siete, negando en su totalidad la demanda presentada por el doctor Infante.

Apelado este fallo por el actor, vino en su oportunidad legal la sentencia del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, dictada el siete de junio de mil novecientos cuarenta, cuya parte resolutive dice:

“1º El demandado no probó las excepciones perentorias que propuso al contestar la demanda.

“2º Se condena al demandado Roberto

Tobón, o a sus representantes a título universal, a pagar al demandante doctor Carlos J. Infante, ejecutoriado este fallo, el valor de los servicios de abogado que éste le prestó en el juicio seguido por aquél contra el Municipio de Bogotá y otras personas ante el Juzgado del Circuito de Bogotá, el Tribunal Superior y la Corte Suprema en el lapso de 1929 a 1935 inclusive.

“Parágrafo: El valor de estos servicios se regulará en la forma que indica el art. 553 del Código Judicial sobre las bases dadas en la anterior motivación.

“3º Niégase lo demás pedido en la demanda que encabeza este juicio.

“4º Sin costas en ninguna de las instancias”.

La sentencia de primer grado consideró, de una parte, que el demandante no logró probar plenamente que el demandado le debiera honorarios profesionales, ni singularizar de qué clase de profesión se trataba, ni precisar los asuntos en que le había servido, ni determinar su valor en forma alguna; y, de otra, que como dos de las tres peticiones de la demanda se referían a hechos ejecutados por el demandado como Gerente de una sociedad anónima, y el demandante no demostró la existencia de esa sociedad, ni que el señor Tobón fuera Gerente de ella, se imponía la absolución del demandado.

El Tribunal, en la sentencia recurrida, aceptó los razonamientos del juez a quo en lo relativo a las peticiones de la demanda referentes a las actuaciones del demandado como gerente de la Sociedad Editorial, S. A., pero estimó que el demandante sí demostró que le había prestado sus servicios como abogado al señor Tobón en el juicio seguido por éste contra el municipio de Bogotá y los señores Ana Rosa Zapata de Vergara y Daniel Zapata, durante un lapso de tiempo de seis años, más o menos, fundándose en que el demandado admitió haberle conferido a Infante el poder especial del caso, al contestar la demanda y en las posiciones extrajudiciales que Tobón rindió ante el

Juez 1º del Circuito de Manizales el 26 de mayo de 1936, lo mismo que en una carta-recibo de fecha 29 de abril de 1935, suscrita y reconocida por Infante y traída al juicio por el demandado. En consecuencia, lo condenó a pagar tales honorarios, los que deberán estimarse por el procedimiento indicado en el artículo 553 del C. J., por no haber sido avaluados durante el juicio.

El recurso

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación la parte demandada, y habiendo sido legalmente preparado se pasa a decidirlo.

Cuatro cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, a saber:

a) Error de hecho y de derecho en el siguiente pasaje:

“Los fragmentos del documento en que tales honorarios se estipularon no pueden ser tenidos en cuenta en este fallo, tanto por la doctrina del artículo 652 del Código de Procedimiento Civil, como porque ambas partes han desconocido su valor”.

Cree el recurrente que tales fragmentos se hallan comprendidos en los dos primeros casos de excepción que contempla el mencionado artículo 652, y dice que no es cierto que la parte demandada haya desconocido su valor;

b) Error de hecho al suponer el Tribunal “un crédito en favor de Carlos J. Infante y a cargo de Roberto Tobón, que no existe, por servicios prestados por aquél a éste en el juicio establecido contra el doctor Juan de Dios Carrasquilla para obtener la nulidad del remate de la casa número 540 de la Carrera séptima de esta ciudad”.

Considera el recurrente que el Tribunal incurrió en este error al decir en la sentencia que Infante podía imputar a los honorarios correspondientes al juicio seguido contra el doctor Carrasquilla los \$ 1,000 que recibió de Tobón, según recibo de fecha 10 de abril de 1930, cuando

no hay sentencia que autorice a Infante para hacer tal imputación;

c) "Error de derecho al apreciar la prueba resultante de la carta-recibo presentada por el demandado", suscrita por Infante y dirigida a Tobón con fecha 29 de abril de 1935.

Dice que "el Tribunal confundió lamentablemente el derecho que tuviera Infante a cobrar honorarios en el juicio de Tobón contra el municipio de Bogotá, con la manera de hacerlos efectivos y pensó que la misma carta-recibo le servía para establecer sus derechos en este juicio ordinario", pero que "ocurre que dando esa carta-recibo cuenta de un contrato para lo referente a los honorarios en el juicio de que se trata, ese contrato es una ley para los contratantes Tobón e Infante, y no puede invalidarse sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, según el artículo 1602 del Código Civil"; y

d) Que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Funda este cargo en que el juicio se siguió únicamente para cobrar los honorarios correspondientes al juicio seguido por Tobón contra el municipio de Bogotá y otros, y que, no obstante, en la sentencia se permite que el demandante impute las sumas pagadas por el demandado a los servicios prestados en el juicio seguido por Tobón contra el doctor Carrasquilla.

Se deduce de la demanda de casación que el recurrente considera violados los artículos 1484, 1495, 1502, 1602, 1603 y 1654 del C. C., y 210, 472, 637 y 652 del C. J.

Estudio de los cargos

I. Es inadmisibles este cargo, porque conforme al artículo 652 del C. J. los instrumentos originales o en copia, rotos, enmendados, suplantados o adulterados en parte sustancial de su contenido, no se estiman como prueba, excepto en los siguientes casos:

"1º Cuando la alteración o defecto provenga de algún acontecimiento extraño a la intención del interesado debidamente establecido.

"2º Cuando no sea posible reponer el documento y pueda conocerse su contenido primitivo; y

"3º

Los fragmentos o pedazos de documento que se trajeron al juicio no se hallan en ninguno de los dos casos a que se refieren los ordinales transcritos, que serían los aplicables, porque la rotura del documento no se debió a un acontecimiento extraño, sino a un hecho de una de las partes, sin que pueda precisarse cuál, porque el demandante dice que lo rompió el apoderado del demandado, y éste que aquél, y porque tales fragmentos o pedazos no son la totalidad del documento, sino una parte de él, de modo que es imposible conocer el contenido primitivo, pues falta casi la mitad del aludido documento. Además, el artículo no contempla el caso de pedazos de documentos, sino de documentos completos que hayan sufrido alguna alteración o algún rompimiento pero a los cuales no les falte, como al de que se trata, una buena parte de su contenido.

En cuanto a que las partes le desconocieron su valor al documento, ello se deduce de varias manifestaciones hechas por el demandante en el curso del juicio, y de la contestación dada por el demandado a la pregunta 10ª de las posiciones que absolvió extrajudicialmente a petición del doctor Infante.

No existen, por tanto, los errores de hecho y de derecho que alega el recurrente.

II. Inadmisibles también este cargo, porque el Tribunal no dice que exista un crédito a favor de Infante y en contra de Tobón por los honorarios correspondientes al juicio seguido contra el doctor Juan de Dios Carrasquilla, sino que acepta que Infante puede, de acuerdo con el artículo 1654 del C. C. y por no haberlo hecho el deudor, imputar los \$ 1,000 de que da

cuenta el recibo de fecha 10 de abril de 1930 a los honorarios devengados por razón de dicho juicio. Y esa aceptación encuentra claro fundamento en la carta-recibo del doctor Infante, de fecha 29 de abril de 1935, es decir, posterior en cinco años al recibo, carta en la cual declara el doctor Infante que el señor Tobón le ha pagado todos los honorarios por servicios prestados hasta el presente, con excepción de los relativos al juicio seguido contra el municipio de Bogotá y otras personas, que quedan pendientes.

III. No encuentra la Corte que el Tribunal incurriera en error de derecho al apreciar como prueba la carta-recibo presentada por el demandado y suscrita por Infante, de fecha 29 de abril de 1935.

Tal carta, dirigida al señor Roberto Tobón, dice en lo pertinente:

“Sirve la presente para confirmar el arreglo celebrado con el señor Elías Trujillo Gómez, encargado de su oficina, arreglo consistente en lo siguiente:

“Recibo hoy el documento que ha obrado en su poder y a mi cargo, por \$ 2,000, debidamente cancelado por su recomendado dicho, más la cantidad de cuarenta pesos moneda corriente (\$ 40) que de él recibo también en nombre de usted, a cambio de yo dejar cancelado mi negocio con usted por concepto de honorarios que por servicios profesionales le hubiere prestado hasta esta fecha, exceptuando el que llamamos de Roberto Tobón contra el municipio de Bogotá, sobre el cual existe documento para lo referente a honorarios”.

Esta carta, aducida como prueba por el demandado, demuestra que éste le pagó al demandante los honorarios correspondientes a los servicios profesionales que seguramente le prestó hasta la fecha de ella, pero demuestra también, porque es preciso tomarla en su integridad, que quedaron pendientes de pago los honorarios relativos al juicio seguido por el señor Tobón contra el municipio de Bogotá, para el cual juicio confesó el demandado en posiciones, por otra parte, que le había conferido mandato a Infante.

Es verdad que en la carta se dice que en lo referente a esos honorarios existe un documento entre las partes, pero si ese documento no se trajo al juicio, o se trajo fraccionado y en forma que no es posible apreciar su contenido, no por ello deja la carta de probar que tales honorarios se le deben a Infante, aunque su cuantía deba ser fijada de acuerdo con la ley, ya que no se demostró el convenio que pudo celebrarse al respecto.

En consecuencia, no se acepta el cargo.

IV. Inaceptable igualmente la tacha consistente en que no está la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, porque de que el Tribunal haya dicho en la parte motiva de la sentencia que el demandante puede imputar el pago de una suma a determinada deuda, conforme al artículo 1654 del C. C., no puede concluirse que falló en desacuerdo con las peticiones de la demanda, que se referían a honorarios causados por distintos servicios profesionales.

Resulta de lo dicho que no es el caso de infirmar la sentencia acusada.

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, NO CASA la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el siete de junio de mil novecientos cuarenta.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Isaías Cepeda—José Miguel Arango—
Liborio Escallón — Ricardo Hinesrosa
Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Her-
nán Salamanca—Pedro León Rincón, Se-
cretario en pppad.

PERJUICIOS. — ACCION DE RESPONSABILIDAD. — CULPA. — PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES

1.—El artículo 63 del C. C. hace parte del capítulo V del título preliminar del C. C., en el cual se da la definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes, de suerte que el citado artículo no es un mandamiento que regule obligaciones entre las partes contratantes; es el 1604 del C. C. el que señala los casos en que el deudor es responsable por la culpa lata o por la leve o la levísima, lo que está indicando que este artículo y el 63 que define las culpas se refieren exclusivamente a las contractuales y no a las extracontrato. — 2.—La Corte, en varias decisiones, al interpretar el art. 2356 del C. C., ha dicho que en él se establece, como regla general e invariable, que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ella, y que como corolario hay que aceptar que ese artículo establece una presunción de responsabilidad, que origina y da nacimiento a la presunción de culpa extracontractual, de donde se deduce que la carga de la prueba no corresponde al damnificado sino que corre a cargo del agente negligente, imprevisivo o descuidado que por malicia o negligencia produjo el daño. — 3.—El artículo 721 del C. J. no implica necesariamente que el juzgador tenga que darle valor de plena prueba a la exposición pericial. Para que ella tenga ese alcance es necesario que el dictamen sea uniforme, explicado y debidamente fundamentado. — 4.—Nuestra legislación positiva no distingue entre perjuicios morales y perjuicios patrimoniales, ni estatuye que en la indemnización compensatoria del perjuicio material vaya envuelta una satisfacción por los perjuicios morales, para que pueda

decirse en casación que se ha quebrantado alguna disposición de la ley civil. Además, el no acatar los falladores de segunda instancia las doctrinas jurídicas sentadas por la Corte no es motivo, por sí solo, que dé margen a la casación.—

5.—La reparación por perjuicios morales apenas entró a formar parte de nuestra jurisprudencia nacional allá por el año de 1922, y de esa fecha en adelante la doctrina y la jurisprudencia han ido perfeccionándola hasta llegar casi a un cuerpo armónico, acomodado a nuestro sistema jurídico y a nuestras costumbres sociales. La Corte amplió y modificó su doctrina sobre este punto en sentencia de casación del 15 de marzo de 1941.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Miguel Arango)

Antecedentes.

Luis Carlos Vélez Trujillo, por medio de apoderado legalmente constituido, demandó la sociedad anónima denominada Compañía de Samacá, representada por su gerente, Francisco J. Fernández, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

“1. Que la sociedad anónima Compañía de Samacá, propietaria del muro de contención de la represa que ella mantenía para el servicio de su fábrica de hilados y tejidos, en el páramo del Rabanal, formada por las aguas del río Gachañeca en jurisdicción del municipio de Samacá, en el departamento de Boyacá, es civilmente

responsable de los perjuicios causados por el siniestro ocurrido en la noche del 1º de noviembre de 1936, al romperse por descuido, culpa, negligencia e imprevisión de la demandada, tal muro o represa lo que produjo el desbordamiento violento de las aguas que contenía, las que arrasaron la casa de propiedad de la demandada levantada a orillas del río Gachaneca abajo de la misma represa que estaba destinada al servicio del hotel llamado Hotel de Hilados, dentro de la que se encontraba Jaime Vélez, hijo legítimo del demandante, quien pereció en este accidente, estando en tal situación la sociedad obligada a pagar a la herencia o sucesión ilíquida de Jaime Vélez y por ende al heredero de éste mi poderdante Luis Carlos Vélez, la cantidad de dinero que se fije por peritos en el curso del juicio como valor de los perjuicios materiales sufridos por Luis Carlos Vélez y por la sucesión ilíquida de Jaime Vélez con la muerte del mentado Jaime Vélez, por causa y colocación del siniestro aquí relatado.

"2. Que la demandada Compañía de Samacá por razones de responsabilidad de que se trata en el pedimento anterior debe pagar a mi poderdante estando obligada a hacerlo, la cantidad de dinero que por peritos se fije en el curso de este pleito como valor de los perjuicios morales recibidos por él a causa de la pérdida o muerte de su hijo legítimo Jaime Vélez, con ocasión del siniestro de que trata el pedimento primero de esta demanda, ocurrido el día 1º de noviembre de 1936 en las horas de la noche.

"3. Que la sociedad demandada si se opone a esta acción se le condene en los gastos y costas de ella, o del pleito".

Basó esta demanda, principalmente, en el hecho de que la Compañía, con permiso otorgado por el Ministerio de Industrias, ensanchó la primitiva represa para almacenar mayor cantidad de agua, para lo cual aumentó la altura del muro existente, sin que previamente y dentro de los términos fijados por el Ministerio, se

hubieran aprobado por el Gobierno Nacional los planos, estudios y proyectos de la obra.

Dice el demandante que el siniestro es imputable a responsabilidad de la Compañía, a negligencia, a culpa, a descuido e imprevisión, porque construyó el ensanche de la represa contrariando los conceptos técnicos del ingeniero doctor Jorge Perry, quien obrando como agente del Ministerio de Industrias, oportunamente manifestó que si no se reparaba la obra se ponía en peligro, y que la sociedad no solicitó el visto bueno del gobierno antes de dar al servicio la obra de ensanche.

Sentencias.

El Juez de la instancia, en sentencia de 14 de abril de 1939, absolvió a la Compañía de los cargos de la demanda y condenó en costas al actor, por cuanto no encontró demostrada la personería sustantiva de la sociedad.

El demandante se alzó de este fallo para ante el Tribunal Superior de Bogotá, entidad que en 2 de julio de 1940, revocó el fallo de primera instancia y en su lugar dispuso:

"a) Declárase legalmente acreditado que la compañía de Samacá, sociedad anónima domiciliada en esta ciudad, es civilmente responsable del siniestro o ruptura del dique o aguas del Rabanal, construido por ella en territorio del municipio de Samacá, de que trata la demanda, acaecido el 1º de noviembre de 1936, y responsable igualmente de la muerte del menor Jaime Vélez, muerte sucedida a consecuencia de aquel siniestro o ruptura de la represa de agua de que se ha hecho mérito, fallecimiento ocurrido en el municipio de Samacá en esa misma fecha, en las circunstancias relatadas.

b) La compañía expresada queda obligada a pagar dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del presente fallo, y a favor de Carlos Vélez Trujillo las sumas deducidas por concepto de perjuicios morales, y patrimoniales así:

c) Por perjuicios materiales de daño emergente y lucro cesante, la suma de doscientos sesenta pesos.

d) Por perjuicios morales la suma de tres mil pesos para reparar el dolor por el daño ameritado.

2. No se hace condenación en costas.

3. Y como Hernando Villa es cesionario de Carlos Vélez Trujillo los pagos ordenados se harán a dicho cesionario”.

Recursos de casación.

El fallo anterior no satisfizo ni a la Compañía de Samacá ni al cesionario Hernando Villa, quienes interpusieron los respectivos recursos de casación.

El apoderado de la señora Mercedes Páez de Vélez, madre del menor Jaime Vélez, también interpuso recurso de casación, como coadyuvante. El Tribunal concedió el recurso de casación interpuesto.

Estudio del recurso del demandado

Por razón de método se analizará en primer lugar los argumentos aducidos por el recurrente demandante, al atacar el fallo de la Corte.

1. Violación indirecta de los artículos 63 y 2341 del Código Civil, por mala apreciación de las pruebas e indebida aplicación al caso del pleito.

Dice el recurrente que la violación de las disposiciones citadas es indirecta y resulta del error de hecho y de derecho en que incurrió el sentenciador al apreciar las pruebas, aducidas, ya por la Compañía, ora por el mismo actor. Para que el Tribunal hubiera podido llegar a las conclusiones a que llegó, considerando que la Compañía de Samacá cometió una culpa por omisión de hacer; que cometió un error de conducta, en que no hubiera podido incurrir una persona avisada, prudente y diligente, habría sido preciso establecer que la parte demandada emprendió y llevó a cabo la elevación del muro de la represa, sin contar con nadie, es decir, sin el previo permiso que debía conceder el Gobierno Nacional; que dicha obra, a pesar del permiso concedido, no se había encomendado a la pericia de profesionales, cuando en los autos consta

que todas las formalidades previstas se cumplieron por la Compañía de Samacá.

Las pruebas que el recurrente considera que el Tribunal no tuvo en cuenta al fallar, las relaciona así:

Permiso solicitado al extinguido ministerio de industrias y Trabajo para el ensanche de la obra; presentación al mismo ministerio de los planos y estudios elaborados por el ingeniero, a fin de que se revisaran o aprobaran por el respectivo ministro; que esa presentación se hizo dentro del término que se le había otorgado a la Compañía.

Para replicar a este cargo basta transcribir los correspondientes párrafos del fallo acusado, en que se estudian minuciosamente las pruebas aducidas por la compañía demandada, que así rezan:

“En la contestación de la demanda el señor Gerente confesó ser cierto que la Compañía construyó la nueva obra de ensanche, negó que se hubiera efectuado después del plazo fijado por el Gobierno y confesó que cuando se ejecutaron las obras indispensables para el levantamiento a mayor altura del muro de la represa no habían sido aprobados por el Ministerio de Industrias los planos y estudios que oportunamente había presentado la Compañía”.

“De los numerales 2º, 3º y 4º (se refiere a la resolución dictada por el Gobierno, al conceder la licencia solicitada para el levantamiento del muro), se deduce que la compañía tácitamente quedaba sujeta luego de hecha la obra, a darle cuenta al ministerio para que apreciando la solidez y estabilidad consintiera en que se diera al servicio. No lo hizo ni se sometió a los requisitos prefijados, luego por esos solos hechos que implican descuido o negligencia comprometió su responsabilidad”.

“El Tribunal deja ampliamente examinadas las pruebas sobre causas de la ruptura de la represa, de las anteriores deficiencias de ésta y de la obra de ensanche, de la prescindencia que se hizo del gobierno nacional para que la hubiera examinado antes de darla al servicio, todo

lo cual acusa omisiones que traducen descuidos importantes, negligencias, imprevisión, etc., que conducen al juzgador a examinar si aparejan a la Compañía demandada la responsabilidad acusada y pedida y si se deben o no declarar”.

En un capítulo especial, que el fallador intitula “Pruebas de la Compañía”, se estampó lo siguiente: “Así, pues, la prueba única allegada en primera instancia relativa a que el ingeniero elevó memorial al Ministerio de Industrias con fecha 23 de diciembre de 1936 para observar, rectificar o impugnar el informe de los ingenieros oficiales del ministerio, Obregón y Robayo, referido atrás, no sólo es inconducente a probar el caso fortuito o fuerza mayor, sino que carecen en absoluto de toda fuerza probatoria de acuerdo con lo dicho anteriormente”.

Todas las pruebas aducidas al juicio fueron apreciadas por el fallador y de su estudio concluyó que la Compañía no había demostrado, que en la ruptura de la represa hubiera intervenido un caso fortuito, una fuerza mayor o la concomitancia de un elemento extraño que pudiera desvirtuar la responsabilidad de la empresa.

Ahora, si en el análisis de esos elementos probatorios, hubiera incurrido el sentenciador en error, la acusación ha debido hacerse, no porque hubiera dejado de apreciar las probanzas, sino porque al estudiarlas, había cometido error de derecho al no darle el valor que la ley les asigna o por haberles dado otro distinto, o error de hecho, por afirmar el sentenciador cosas contrarias a las que naturalmente se desprenden de las pruebas apreciadas, y que resulten a la vista de ojos, a la sola comparación de las probanzas con las consecuencias jurídicas deducidas de ellas por el fallador, o dejando de reconocer lo demostrado por aquellas.

En cuanto a la violación del artículo 63 del Código Civil a consecuencia de los errores cometidos en la apreciación de las pruebas, será oportuno reproducir lo que se dijo en reciente fallo, en el litigio que contra la misma compañía por causa de

la ruptura del dique de contención de las aguas del río Gachaneca estableció el señor Rafael A. Moreno.

“El artículo 63 del Código Civil hace parte del capítulo V del Título preliminar del Código Civil en el cual se da la definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes, de suerte que el citado artículo no es un mandamiento que regule obligaciones entre las partes contratantes, es el artículo 1604 del Código Civil el que señala los casos en que el deudor es responsable por la culpa lata o por la culpa leve o por la levísima, lo que está indicando que este artículo y el 63 que define las culpas se refieren exclusivamente a las contractuales y no a las extracontracto, que es la de que se trata en el presente litigio, y quizás por ello el Tribunal no lo mencionó para nada en su fallo, ni él le sirvió de base para condenar a la Compañía de Samacá. (Lo mismo sucede al presente).

“Así las cosas, no puede decirse que el Tribunal hubiera quebrantado ese artículo porque no lo aplicó en su fallo, y si habló de culpa imputada a la Compañía se refirió únicamente a la extracontractual, considerando que el daño sufrido por el demandante había que imputarlo a la negligencia de la Compañía demandada”.

2. Señala el recurrente como quebrantado el artículo 2356 del Código Civil por indebida aplicación, y hace consistir esa violación en que el Tribunal en su fallo, establece una presunción de culpa en contra de la Compañía, apoyándose en lo establecido por la Corte, en sentencia de 12 de mayo de 1939 que fijó el alcance del artículo en cita.

Es evidente que la Corte en varias decisiones, al interpretar el artículo 2356, ha dicho que en él se establece, como regla general e invariable, que todo daño que puede imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ella, y que como corolario hay que aceptar que el citado artículo 2356 establece una presunción de responsabilidad, que origina y da nacimiento a la presunción de culpa extracontractual, de donde

se deduce que la carga de la prueba no corresponde al damnificado sino que corre a cargo del agente negligente, imprevivo o descuidado que por malicia o negligencia produjo el daño.

Hoy no aduce el recurrente razones bastantes para cambiar la doctrina anterior, y por ello considera la Sala que el Tribunal obró bien al presumir que la Compañía de Samacá era responsable de los daños causados al menor Vélez y a su padre Vélez Trujillo, por la ruptura de la represa del Rabanal, tanto más cuanto la Compañía no ha demostrado que en el siniestro hubiera habido caso fortuito, fuerza mayor, u otro elemento capaz de exonerarla de responsabilidad.

Conviene advertir, para mayor abundamiento en razones, que ya ha conceptuado la Sala que el Tribunal no incurrió ni en error de hecho ni en error de derecho, al apreciar las pruebas, y si ello es así, no puede quebrantarse el artículo 2356 a consecuencia de esos errores, que en concepto de la Sala no se cometieron.

3. Asevera el recurrente que la sentencia del Tribunal de Bogotá violó indirectamente el artículo 1971 del Código Civil, por mala apreciación de la prueba que a los autos trajo en segunda instancia, el señor Hernando Villa, para demostrar la cesión que de derechos litigiosos en este asunto le hiciera el demandante Luis Carlos Vélez Trujillo, o sea la escritura pública número 3177 de 16 de octubre de 1939 pasada ante la Notaría cuarta de este circuito.

El error lo hace consistir en que en ese instrumento se dice que para pagar Vélez a Villa, aquél vende a éste, los derechos herenciales que a aquél le correspondan en la sucesión ilíquida de su hijo Jaime Vélez Páez, muerto en Samacá en la inundación del río Gachaneca, el 1º de noviembre de 1896, y que los comparecientes estiman el valor del contrato en la suma de dos mil pesos (\$ 2.000), porque en primer lugar, está comprobado que el menor Jaime Vélez murió en 1936, es decir cuarenta años después de la fecha señalada

en la mencionada escritura, y por consiguiente ésta tiene que referirse a otra persona distinta del menor Jaime Vélez, y en que el cesionario no puede cobrar sino la suma de dos mil pesos que fue lo que pagó por la cesión, y que a pesar de esto el Tribunal condenó a la Compañía a pagar perjuicios por la muerte de Vélez Páez acaecida después de 1896, apreciados en más de lo que el cesionario pagó por la cesión.

No puede remitirse a duda que en la escritura de que se hace mérito se cometió un error de máquina al fijar el año de la muerte del señor Jaime Vélez Páez, pues allí se dice: "Segundo. Que para pagar Vélez a Villa aquél vende a éste los derechos herenciales que a aquél le correspondan en la sucesión ilíquida de su hijo legítimo Jaime Vélez Páez muerto en Samacá en la inundación del río Gachaneca" y en autos está demostrado que el menor Jaime Vélez Páez murió en la inundación de Samacá el primero de noviembre de 1936. También aparece la partida de bautismo de dicho menor Vélez, lo que está indicando con claridad absoluta que hubo un error en la cita de la fecha de la muerte de Vélez, que no puede dar lugar a un reparo en casación.

En lo que dice relación al precio de la cesión, es de toda evidencia que el deudor no está obligado a pagar al cesionario sino lo que éste pagó al cedente, pero esta regla tiene sus excepciones, una de las cuales es la consignada en el numeral 3 del artículo 1971, cuando la cesión se hace para pagar al cesionario lo que le adeuda el cedente.

No sobra advertir que no se trata de venta de derechos litigiosos. Lo que se vendió, por la escritura número 3177, fueron los derechos herenciales que Vélez tenía en la sucesión ilíquida de su hijo legítimo Jaime Vélez. De esta cesión hacen parte todos los derechos que personalmente le correspondan por la muerte de su hijo y como jefe de la sociedad conyugal".

El fallador al apreciar este contrato

dijo: "Más tarde éste (Hernando Villa) allegó el instrumento público número 3173 de 17 de octubre de 1939, de la Notaría cuarta de Bogotá, debidamente registrado, del cual aparece que Vélez para pagarle a Villa cantidades de dinero y efectos comerciales, le vendió los derechos herenciales en la sucesión de Jaime Vélez, y estos términos no hubieran concedido a Villa ningún derecho en el pleito de estos autos si no se hubiera agregado que de la 'cesión hacen parte todos los derechos que personalmente le corresponden por la muerte de su hijo', pues Vélez a título de heredero nada tiene que reclamar de la Compañía de Samacá, porque lo que se reconozca en esta acción no pertenecía al haber sucesoral del menor muerto, o nada tenía él en su cabeza de titular de derechos en el momento de su expiración, como indemnización, y por lo tanto nada puede, ni podría transmitir por herencia a su padre. Los derechos de éstos proceden es del perjuicio que personal y directamente hayan sufrido en sus patrimonios propios, materiales y morales. Pero como en la frase transcrita sí se refirió a los derechos personales de Carlos Vélez Trujillo, esa adición en concepto del Tribunal hace que Villa haya quedado dueño de los derechos personales de indemnización que Vélez Trujillo reclama por la demanda que se falla".

La adición copiada tiene efectivamente el alcance que el Tribunal le reconoce; pero el concepto de tratarse de derechos litigiosos sí lo corrige la Corte por vía de doctrina, y advierte que de uno y otro modo la solución sería la misma.

4. Dícese que el artículo 721 del Código Judicial, que es disposición sustantiva por referirse a pruebas, fue infringido por el Tribunal, por haber apreciado erróneamente, con error de derecho, el dictamen de los peritos Carlos Suárez Latorre y Antonio Schlesinger, quienes hicieron en su exposición una separación de los perjuicios de carácter patrimonial y de los perjuicios morales contrariando lo establecido por la Corte Suprema en doctrina que dice:

"La reparación pecuniaria por el daño moral, se ha aceptado por la mayor parte de las legislaciones, no obstante las opiniones de eminentes tratadistas que se oponen a que se aprecie en dinero el daño moral. Cuando se ha avaluado el daño de carácter patrimonial, no cabe, de acuerdo con los principios de nuestra legislación, hacer una apreciación separada de los daños morales, porque la indemnización compensatoria del perjuicio material, envuelve en sí misma una satisfacción por los perjuicios morales".

Se repara: El artículo 721 del Código Judicial no implica necesariamente que el juzgador tenga que darle valor de plena prueba a la exposición pericial. Para que ella tenga ese carácter se hace necesario que el dictamen sea uniforme, explicado y debidamente fundamentado, requisitos estos dos últimos que echó de menos el Tribunal de Bogotá, porque si es cierto que está acreditado que el padre del menor Vélez hizo gastos para buscar el cadáver de su hijo, para funerales, transporte y otros similares, no lo está el monto de esos gastos ya que los peritos fijaron esos gastos en la suma de ciento cincuenta pesos (\$ 150), sin dar explicación ninguna como puede verse a la página 45 vuelto de esa exposición.

Las declaraciones de los testigos Cérda e Israel, a que se refieren los peritos, apenas dicen que el señor Vélez tuvo que abandonar y desatender sus negocios por unos cuantos días, para buscar, transportar y sepultar el cadáver de su hijo, pero no fijan precio ni dan dato alguno que sirve para basar la fijación en dinero de los perjuicios causados por el abandono de sus negocios.

En lo que dice relación con la doctrina de la Corte transcrita por el recurrente, es de ocasión observar que nuestra legislación positiva no distingue entre perjuicios morales y perjuicios patrimoniales, ni estatuye que en la indemnización compensatoria del perjuicio material vaya envuelta una satisfacción por los perjuicios morales, para que pueda decirse, en

casación, que se ha quebrantado alguna disposición de la ley civil, ya que, como se ha visto, no existe disposición sustantiva que establezca aquellos distingos.

Además el no acatar los falladores de segunda instancia, las doctrinas jurídicas asentadas por la Corte no es motivo por sí solo, que dé margen a la casación.

Bien está que el Tribunal no hubiera apreciado el dictamen pericial, porque no lo encontró suficientemente fundado, pero no lo está que al rechazar la prueba pericial, se hubiera constituido por sí y ante sí, en perito para fijar la cuantía de la indemnización. Con todo la forma en que se ha presentado el cargo al estudio, no da base a la Corte para considerar este aspecto del problema.

La reparación por perjuicios morales, apenas entró a formar parte de nuestra jurisprudencia nacional allá por el año de 1922, y de esa fecha en adelante, la doctrina y la jurisprudencia han ido perfeccionándola casi hasta llegar a un cuerpo armónico, acomodado a nuestro sistema jurídico y a nuestras costumbres sociales. Sucesivamente ha ido plasmándose esa doctrina, y hoy la Corte, en fallo de 15 de marzo del corriente año, ha ampliado y modificado la doctrina citada por el recurrente, en estos términos:

“No 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 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 afecte directamente el patrimonio moral, en alguno de los elementos que legítima-

mente 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 esos 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”.

Recurso del demandante.

Como primer reparo al fallo, dice el recurrente demandante, que el Tribunal infringió los artículos 721 y 722 del Código Judicial por la apreciación errada o por falta de apreciación completa de la prueba pericial practicada en segunda instancia y de las pruebas y datos en que los peritos fundaron su dictamen.

Lo dicho en relación con el artículo 721 del Código Judicial, al estudiar el alegato del demandado en relación con esa disposición, es bastante para rechazar el cargo que formula el recurrente demandante.

Por lo que hace al artículo 722 del mismo Código, es de advertirse que los peritos Suárez Latorre y Schelesinger son abogados distinguidos y que su dictamen no versó sobre materias propias de su profesión u oficio, para que llegue la ocurrencia de aplicar el artículo 722.

Está bien que el Tribunal no hubiera acogido el dictamen pericial, respecto del monto de los perjuicios materiales probables, porque su justiprecio se basa en meras suposiciones, cuales son la vida probable del menor Vélez, que los peritos fijan en un lapso de sesenta años. También suponen que el menor hubiera permanecido soltero y que dejara a favor de sus padres la tercera parte del producto de sus actividades y que se hubiera dedicado a la profesión de chofer, de la cual redituaba un “margen por término

medio" de ciento ochenta pesos mensuales (§ 180).

En segundo término, se considera que el fallador infringió los artículos 2341, 2350 y 2356 del Código Civil porque esas disposiciones no contienen limitación ninguna en cuanto a la indemnización, violación indirecta proveniente de la apreciación errónea o de la falta de apreciación completa del dictamen de los peritos.

Habrà que repetir que el sentenciador no está sometido de manera irrestricta a los mandamientos de los artículos 721 y 722 del Código Judicial respecto de la apreciación del dictamen pericial. Ya se ha visto en qué circunstancias ese dictamen hace plena prueba, y se ha examinado también la discriminación que el Tribunal hizo de ese concepto y las razones en que se fundó para no aceptarlo en su totalidad.

En relación con el alegato traído ante la Corte por el coadyuvante de la parte actora, no es posible considerarlo porque se observa que plantea el recurso en forma que perjudica los intereses de la parte que dice que coadyuva o apoya, y en

estas condiciones carece de interés jurídico para acusar la sentencia recurrida.

Asentado que no incidió el fallador en error, ni de hecho ni de derecho, en la apreciación de la prueba de peritos, mal puede decirse que violara disposiciones de la ley sustantiva a consecuencia de errores que no se cometieron.

En vista de las consideraciones expuestas la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá de fecha dos de julio de mil novecientos cuarenta.

Sin costas por ser ambas partes recurrentes.

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

Isaías Cepeda—José Miguel Arango—
Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa
Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—
Hernán Sa'amanca — Pedro León Rincón,
Srio. en ppad.



ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO DE MUTUO CON HIPOTECA, DE UN JUICIO EJECUTIVO, DE NULIDAD DE UN REMATE, ETC.—CONFESION. — HIPOTECA.—REGISTRO DEL REMATE.

1.—Es bien sabido que la confesión sólo tiene valor probatorio contra la persona que la hace en juicio, sobre la verdad de hechos de los cuales pueda seguirse algún perjuicio. — 2.—La hipoteca es un derecho real que afecta el dominio y puede afectar, a la postre, la plenitud de la posesión de la cosa hipotecada, sea ésta regular o irregular, inscrita o material. De ahí que el artículo 2452 del C. C. sienta el principio de que la hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea y a cualquier título que la haya adquirido. El antiguo Código Judicial adolecía del vicio de no haber consagrado una tramitación especial para el ejercicio de la acción real hipotecaria, adoptando para ella el procedimiento especial del juicio ejecutivo. El hecho notorio de que la ley 108 de 1928 primero, y el actual Código Judicial (Ley 105 de 1931), después, crearan un trámite especial y sumario para el ejercicio de la acción real y declararan obligatorio acompañar a la demanda el certificado sobre propiedad de la finca hipotecada, está demostrando que sí tuvo en mientes el legislador nacional variar el sistema anterior y sustituir la fórmula de demandar al deudor o al señalado bajo juramento como último poseedor material, por la de seguir la acción con el propietario de la finca hipotecada, a la fecha de la presentación de la demanda. — 3.—Es indudable que la copia de la diligencia de remate debe llevar las firmas del Juez y del Secretario, pero si en la copia que se llevó al registro se omitió la firma del Juez, se

invalidaría en todo caso la copia pero no el acto mismo de la subasta, cuya acta original sí contiene tal formalidad. Y aun aceptándose que se hubiera realizado la inscripción de la diligencia de remate, en la Oficina de Registro, sobre una copia defectuosa, querría decir en último extremo que tal inscripción sería defectuosa, pero es bien sabido que ese sería un requisito subsanable en cualquier tiempo y que no podría producir la nulidad del juicio ejecutivo, ni menos de la diligencia de remate.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil — Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos cuarenta y uno:

(Magistrado ponente: Dr. Lequerica Vélez)

Antecedentes.

Por medio de la escritura N° 2.040, de 22 de septiembre de 1920, de la Notaría 3ª de Bogotá, la señora Filomena Camacho de Martínez confirió poder al señor Ramón Antonio Martínez para que hipotecara una casa de su propiedad, ubicada en la población de Guateque, a favor del señor Leopoldo Gómez, especificando que la escritura "debe otorgarse al señor Gómez por la suma de \$ 1.500.00 moneda corriente, que da a interés a razón del 1½ % mensual, y que el apoderado señor Martínez queda facultado para recibir dicha suma, para fijar el término de la hipoteca y para convenir en qué forma debe pagarse el interés".

2. El 29 de septiembre de 1920 Ramón Antonio Martínez otorgó la escritura nú-

mero 588, de esa fecha, en la Notaría 2ª de Guatemala, en la cual insertó el mencionado poder y declara que "en ejercicio del poder conferido por la señora Filomena Camacho de Martínez..... se constituye deudor a nombre de su poderdante, del señor Leopoldo Gómez, por la cantidad de mil quinientos pesos que le ha dado a interés a la rata de 1½% mensual y por el término de dos años, pagaderos los intereses por semestres vencidos". Para garantizar tal obligación hipotecó la casa de propiedad de su mandante doña Filomena, ubicada en Guatemala y alinderada como lo dice el referido instrumento. El acreedor Gómez manifestó aceptar esta escritura.

3. Por escritura número 326, de 28 de junio de 1922, de la Notaría 1ª de Guatemala, Filomena Camacho v. de Martínez vendió al señor José Manuel Martínez la casa de Guatemala, la misma hipotecada por su apoderado Ramón Antonio Martínez. Dicho comprador, José Manuel Martínez, falleció el 13 de julio de 1926. Su madre legítima doña Filomena, la vendedora de la casa, no quiso aceptar la herencia de su hijo fallecido y por esta circunstancia fue reconocido como heredero el señor Luis Francisco Martínez, que es el demandante en este juicio.

4. Por escritura número 551, de 28 de agosto de 1926, otorgada en la Notaría de Chocontá el acreedor Leopoldo Gómez cedió dicho crédito al señor Rafael Ma. Valderrama, que viene a ser uno de los demandados en este proceso.

5. El 22 de marzo de 1928 el acreedor cesionario Rafael Ma. Valderrama promovió juicio ejecutivo con acción real hipotecaria, señalando bajo juramento como ejecutada o demandada para responder por dicha acción a Filomena Camacho v. de Martínez y designándola como poseedora material de la casa gravada. En dicho juicio remató el ejecutante Valderrama esa finca raíz por cuenta de su crédito.

El señor Luis Francisco Martínez, por medio de apoderado y en su carácter de heredero y representante legal de la sucesión ilíquida del doctor José Manuel Martínez, en libelo fechado el 6 de noviembre de 1936 demandó por la vía ordinaria a Rafael María Valderrama, Filomena Camacho v. de Martínez, Ramón Antonio Martínez y Leopoldo Gómez, suplicando las declaraciones que pasan a extractarse:

1ª Que es nulo y no produce efecto alguno el contrato de mutuo que aparece celebrado entre Ramón Antonio Martínez, como apoderado de Filomena Camacho v. de Martínez y el señor Leopoldo Gómez, por escritura 588 de 1920.

2ª Que es nulo y no produce efecto alguno el contrato de hipoteca que como garantía del referido mutuo figura en el mismo instrumento.

3ª Que es nulo y no produce efecto el registro de los contratos de mutuo e hipoteca que se dejan relacionados.

4ª Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se cancelen las inscripciones que se hayan hecho en la Oficina de Registro.

5ª Que es nulo el juicio ejecutivo que con acción real hipotecaria inició en marzo de 1928 Rafael María Valderrama contra Filomena Camacho v. de Martínez, ante el Juzgado 1º del Circuito de Guatemala y en el cual fue perseguida la finca hipotecada.

6ª Que es nulo el remate público verificado en el juicio ejecutivo antes expresado, el 5 de junio de 1930, por Rafael María Valderrama, en su calidad de ejecutante cesionario de Leopoldo Gómez, remate en el cual se le adjudicó la casa hipotecada por cuenta de su crédito.

7ª Que como consecuencia de las dos declaraciones que preceden se cancelen las inscripciones que se hayan verificado en la Oficina de Registro de Guatemala, por causa del juicio ejecutivo y remate público expresados.

8ª Que el demandado Valderrama, co-

mo rematador y actual poseedor de dicha finca, debe devolverla a la sucesión ilícita de José Manuel Martínez, representada por el actor.

9º Que Valderrama debe efectuar esa devolución, con sus frutos naturales y civiles, a partir del día 7 de septiembre de 1933.

Funda la demanda en 44 hechos, y al correrse el traslado la contestaron doña Filomena, quien manifestó su completa aceptación de todo lo pedido, y Leopoldo Gómez, quien se opuso a ella. Los otros dos demandados se abstuvieron de dar respuesta al libelo mencionado.

El Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá falló la primera instancia en sentencia fechada el 30 de marzo de 1939, en la cual negó las peticiones contenidas en los puntos 1º, 2º, 3º, 4º, 8º y 9º de la demanda; pero a su vez declaró que es nulo el juicio ejecutivo que con acción real hipotecaria inició Rafael Ma. Valderrama contra doña Filomena; declaró igualmente que es nulo el remate público verificado por el mismo Valderrama en dicho juicio, en su calidad de ejecutante cesionario; y ordenó la cancelación de la inscripción verificada en la Oficina de Registro de Guateque, por la cual se inscribió la copia de la diligencia de remate a que antes se ha aludido. No se hizo condena- ción en costas.

La sentencia acusada.

Apelaron del fallo de primer grado tanto el actor como el opositor Valderrama, y, tramitada la segunda instancia, le puso término el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por medio de sentencia fechada el 30 de julio de 1940, que viene a ser la materia sujeta a este recurso de casación. En este fallo de segundo grado se reforma la de primera instancia en el sentido de negar todas las peticiones de la demanda instaurada, absolviéndose a los demandados de todos los cargos que ella contenía.

Los fundamentos que tuvo el Tribunal para proferir la sentencia absolutoria que ahora viene acusada en casación se irán exponiendo, para mejor comprensión y más exacto método, al estudiarse cada uno de los cargos formulados por el recurrente-actor en la demanda de casación.

El recurso.

Contra el fallo del Tribunal se alza en casación la parte actora y acusa la sentencia por estimarla violatoria de ley sustantiva, tanto por infracción directa como por interpretación errónea y aplicación indebida de algunas disposiciones legales, alegando el motivo primero de los consagrados en el artículo 520 del C. J. Pasa la Sala a estudiar en su orden los cargos presentados, a saber:

Capítulo primero.—Nulidad de los contratos de mutuo y de hipoteca contenidos en la escritura número 588 de 1920.

Sostiene el recurrente que el apoderado de doña Filomena, al intervenir en la celebración de los actos jurídicos expresados, no lo hizo en su carácter de apoderado de dicha señora, sino que obró en su propio nombre; vale decir, que los contratos de mutuo y de hipoteca fueron actos personales de Ramón Antonio Martínez y no celebrados en ejercicio del poder que le confirió doña Filomena.

Planteadas así la cuestión deduce el actor recurrente la nulidad de ambas convenciones, porque no hubo entrega real de la cantidad de \$ 1.500.00, que se dicen recibidos en mutuo, sino tan sólo de la suma de \$ 70.00; que no habiendo Ramón Antonio obrado como representante de doña Filomena, no podía hipotecar la casa de ésta para garantizar una obligación propia, porque si este fenómeno hubiera ocurrido, es claro que Ramón Antonio no hubiera necesitado de poder de su mandante, sino que era preciso una declaración directa de ésta en la cual expresara su consentimiento para hipotecar la casa. Estima infringidos por este mo-

tivo los artículos 1502, 1505, 1524, 2145, 2146, 2221, 2222, 2410, 2432 y 2439 del C. C. Hasta aquí el recurrente.

Al desestimar esta petición sobre nulidad de los referidos contratos de mutuo y de hipoteca anota el Tribunal que el apoderado y mutuario Ramón Antonio no contestó la demanda, omisión lamentable porque allí debió manifestar si recibió o no la cantidad dada en mutuo, en dinero efectivo, o si sólo recibió la suma de \$ 70.00, quedando el saldo representado en el valor de unos novillos, de un caballo y de intereses ya devengados; también se lamenta el Tribunal de que el mutuario Ramón Antonio no haya expresado en este juicio ordinario si la cantidad dada en mutuo la recibió para sí o por orden y cuenta de su mandante doña Filomena.

Agrega el Tribunal que el hecho de encuadrar en una sola suma varios valores que por distintos conceptos y efectos le debe una persona a otra, y hacerlos luego figurar todos en la obligación firmada por el deudor, como dinero prestado, no es un hecho ilícito ni menos le resta objeto y causa ilícita a la convención de mutuo. De ahí que si Ramón Antonio le debía efectivamente a Leopoldo el valor de 36 novillos y de un caballo, y recibió el resto en dinero hasta completar los \$ 1,500.00 que reza el contrato de mutuo, no podrá sostenerse que jurídicamente tal convención carece de causa o que la tuvo, pero ilícita.

La Corte considera:

a) Se ha discutido en las instancias, y tal fenómeno viene a reflejar en la casación, si efectivamente el actor Luis Francisco Martínez tiene interés jurídico en solicitar y obtener la declaración de nulidad de las convenciones de mutuo y de hipoteca, en su calidad de heredero y de representante legal de la sucesión de José Manuel Martínez.

La Sala responde que, bien mirado el problema controvertido, sí puede aceptarse que existe tal interés jurídico, porque es indudable que si se obtiene la decla-

ración de nulidad el bien raíz hipotecado y rematado por el acreedor cesionario podría ingresar nuevamente al patrimonio de la sucesión ilíquida en cuyo nombre obra el actor.

Ahora bien, que dicho bien raíz haya pasado con posterioridad y de manera legal a manos de terceros poseedores de buena fe es cosa que no viene a ser materia de debate en la casación, por no haber hecho el Tribunal ningún pronunciamiento sobre esa materia, ni ha sido presentado como cargo por el recurrente. Por esa circunstancia, no es el caso de considerarla para aceptar o negar la existencia de tal interés jurídico.

Hay que aceptar, por lo tanto, que procesalmente se ha cumplido tal requisito, exigido por el artículo 15 de la ley 95 de 1890, vigente a la época en que fue incoada la acción, y luego sustituido por el 20 de la ley 50 de 1936.

b) No es aceptable el razonamiento del actor y recurrente de que el mutuo fue celebrado a nombre y en el exclusivo beneficio del apoderado Ramón Antonio, porque tal conclusión no se compadece con el acervo probatorio del proceso. En la escritura número 2,040 expresa claramente doña Filomena que "debe otorgarse al señor Gómez por la suma de \$ 1,500.00, que da a interés. y que el apoderado señor Martínez queda facultado para recibir dicha suma.". Si se tratara de una obligación mutuaría de Ramón Antonio no se justificarían tales declaraciones, ni el otorgamiento del poder para celebrar el mutuo y recibir la cantidad prestada.

El hecho de que en el referido instrumento confiriera autorización para hipotecar una casa de su propiedad, sin especificar con toda precisión y como era de rigor en caso semejante, que ofrecía tal seguridad real para garantizar una obligación ajena, está confirmando que no hubo error por parte del Tribunal al considerar, como lo hizo, que se estaba en presencia de un mutuo celebrado a nombre y en provecho exclusivo de la man-

dante doña Filomena. Y por esa misma razón no aparece en los autos contradicha o rectificada la expresa manifestación que hizo el apoderado en el contrato de mutuo, de que a nombre de su poderdante se constituía deudor por la suma de \$ 1,500. Coincide la Corte con la observación del Tribunal, de que es lamentable que el mismo Ramón Antonio no hubiera concurrido a este juicio a contestar la demanda, habiendo sido citado, para que expresara su conformidad o sus reparos a tal hecho fundamental del litigio.

c). En el instrumento escriturario se expresó con claridad que el mutuario recibió a satisfacción la cantidad prestada.

Para desvirtuar tal hecho y decidir que el contrato no tuvo causa real ni objeto se trajeron por el actor unas posiciones absueltas por Leopoldo Gómez el 11 de julio de 1929, donde dice que entregó a Ramón Antonio el dinero dado en préstamo, parte en el valor de unos novillos y de un caballo, parte en la cancelación de unos intereses atrasados y setenta pesos en dinero.

Ante todo, considera la Corte que tal confesión del mutuante Gómez, de carácter indivisible, no alcanza a desvirtuar lo expresamente manifestado en la escritura 588, porque vino a hacerse con mucha posterioridad a la fecha en que ya Gómez había cedido el crédito hipotecario a Valderrama, por instrumento número 551, de 28 de agosto de 1926, y es bien sabido que la confesión sólo tiene valor probatorio contra la persona misma que la hace en juicio, sobre la verdad de hechos de los cuales pueda seguirse algún perjuicio; y en este caso Gómez absolvió las posiciones cuando ya no era dueño del crédito. Todavía puede agregarse a lo dicho que el otro estipulante, Ramón Antonio, no depuso en el juicio su conformidad o reparos a las tardías explicaciones del cedente mutuante, requisito indispensable para poder apreciar la existencia o inexistencia de vínculos contractuales como los establecidos y creados entre los dos en el instrumento mencionado.

No incide este cargo en casación. Se rechaza.

Capítulo segundo.—Nulidad del juicio ejecutivo y del remate de la finca en él verificado.

Así razona el recurrente:

El juicio ejecutivo seguido por Valderrama contra la señora Camacho de Martínez es nulo, porque la acción se dirigió contra distinta persona de la que real y legalmente debía aparecer como demandada, puesto que la cosa hipotecada había sido vendida con anterioridad por su dueña doña Filomena a su hijo José Manuel Martínez y éste era el dueño del inmueble cuando se inició el juicio. Como se perseguía la cosa con acción real, el ejecutado o demandado debió ser el dueño, por ser el poseedor inscrito, ya que el comprador de la casa en el remate público aspira a adquirir el dominio, la posesión inscrita del bien rematado y no simplemente una entrega material. Agrega que no se puede modificar un estado jurídico adquirido por medio de una inscripción, sin que intervenga la persona misma a cuyo favor existe esa inscripción, porque se quebrantarían normas constitucionales y procesales, de orden público, puesto que se resuelve sobre el derecho de una persona a quien no se le ha oído ni vencido en juicio. Por todos estos aspectos estima violados de manera directa y por no aplicación el artículo 22 de la nueva Codificación constitucional; los artículos 2,422, 2,423, 2,448 y 2,452 del C. C. y 1,022 y 1,045 del antiguo Código Judicial, en parte por mala apreciación y en parte también por no haber sido aplicados.

Deduca el recurrente, como una consecuencia de la nulidad del juicio ejecutivo, la nulidad e ineficacia del remate público de la finca hipotecada, que fue adjudicada en la subasta al mismo ejecutante y cesionario del crédito Valderrama. Se funda en que la inscripción del título de

propiedad a favor de su causahabiente José Manuel Martínez no ha sido cancelado por voluntad suya, ni de su tradente doña Filomena, ni el decreto judicial en que se ordenó la nueva inscripción se dictó en juicio contra él o su causahabiente, ni fue ordenado por sentencia en que fuera parte y que pudiera afectarlo. El no restituír las cosas al estado anterior implica, a su juicio, violación directa del artículo 789 del C. C.

La Corte considera:

Cuando se inició el juicio ejecutivo cuya nulidad se solicita regía el antiguo Código Judicial, adoptado por el artículo 1º de la Ley 57 de 1,887. Al tenor de sus normas y leyes complementarias, el nombre del deudor, que debe contener el decreto de ejecución, será el que resulte del documento en virtud del cual se dicte el auto, a menos que la obligación nazca de un censo o que se persiga una hipoteca, pues entonces el ejecutado será el que con juramento y bajo su responsabilidad designe el ejecutante, como actual poseedor de la finca acensuada o hipotecada (artículo 1,022).

Cuando la ejecución se dirige contra una cosa especialmente afecta al pago de la deuda por hipoteca expresa o tácita, se entenderán las notificaciones con el deudor obligado, si pudiere ser habido, y si nó, con un defensor que se nombrará para llenar las formalidades del juicio y defender la hipoteca en cuanto haya lugar (artículo 1045).

Posteriormente tales preceptos fueron complementados, cuando se trataba del ejercicio de la acción real hipotecaria, por los artículos 228 y 229 de la ley 105 de 1890, que son de este tenor:

“Artículo 228. Cuando el decreto de ejecución se dirija contra una finca hipotecada, no se admitirá tercera excluyente que se apoye en un documento de fecha posterior a la de la escritura que sirvió de base al auto ejecutivo”.

“Artículo 229. El que se crea con derecho de dominio a una finca hipotecada que se persigue como tal, y fundare su

derecho en una escritura de fecha posterior a la en que se constituyó la hipoteca, podrá presentarse en el juicio, mientras no se haya verificado el pago al acreedor y proponer la excepción de nulidad de la escritura de hipoteca, o del registro, o de la anotación, o del contrato que aquella reza. Esta excepción se sustanciará como toda articulación”.

Del estudio de tales normas y de su armónico contexto deduce la Corte las siguientes conclusiones:

a) La hipoteca es un derecho real que afecta el dominio y puede afectar, a la postre, la plenitud de la posesión de la cosa hipotecada, sea ésta regular o irregular, inscrita o material. De ahí que el artículo 2452 del C. C. sienta el principio de que la hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea y a cualquier título que la haya adquirido.

b) El antiguo Código Judicial adolecía del vacío de no haber consagrado una tramitación especial para el ejercicio de la acción real hipotecaria, adoptando para ella el procedimiento especial del juicio ejecutivo. Según el artículo 1022 de esa extinguida obra, cuando se persiga una hipoteca el ejecutado será el que con juramento y bajo su responsabilidad designe el ejecutante, como actual poseedor de la finca hipotecada. Desarrolla ese mismo principio el artículo 1045 cuando dice que, en tal caso, las notificaciones se entenderán con el deudor obligado o con un defensor que lo represente y que defienda la hipoteca, en cuanto hubiere lugar.

Fueron debidamente cumplidas estas formalidades legales en el ejecutivo cuya nulidad se suplica, porque bajo juramento señaló el ejecutante como deudor obligado y poseedor actual de la finca a doña Filomena. Como entonces, al tenor de esas reglas, no era necesario presentar el certificado sobre posterior movimiento o traspaso de la propiedad raíz, bien podía ignorar el acreedor ejecutante que la deudora y anterior dueña doña Filomena había vendido la casa gravada a José Ma-

nuel Martínez. Además: al comprar éste la casa tuvo oportunidad de saber e informarse del gravamen que pesaba sobre ella, de acuerdo con nuestro sistema de inscripción y de publicidad en el movimiento de la propiedad inmueble; de manera que tuvo que adquirirla con ese gravamen y pudo saber que la finca estaba afecta al pago del crédito. Ningún perjuicio, por lo tanto, ha podido padecer con el remate la sucesión ilíquida del posterior comprador, Martínez, a cuyo nombre acciona de nulidad el actor y recurrente. Por tanto, no dejaron de cumplirse las reglas de procedimiento vigentes al citarse al juicio a la deudora y anterior propietaria señora Camacho de Martínez, que era quien en realidad debía responder por la obligación personal contraída, pudiéndose con su citación y audiencia perseguir la finca hipotecada, hasta concurrencia de la cuantía del crédito.

c) Los artículos 228 y 229 de la Ley 105 de 1890 corroboran esa conclusión del Tribunal, acogida ahora por la Corte, porque si al tenor de tales preceptos no se admite tercería excluyente que se apoye en documentos de fecha posterior a la de la escritura que sirvió de base al auto ejecutivo; y si el que se cree con derecho de dominio a una finca hipotecada, que se persigue como tal, y fundare su derecho en una escritura posterior a la constitutiva de la hipoteca, sólo podrá proponer la excepción de nulidad de la escritura de hipoteca, o de su registro, o de la anotación, o del contrato que ella reza, tan clara y ostensible limitación impuesta al adquirente posterior de la casa gravada está evidenciando que en el régimen procesal anterior su intervención en el juicio era muy relativa y circunscrita, debiéndose en esos casos seguir el ejecutivo con el que aparezca en el documento como deudor, o con aquel que bajo juramento haya sido señalado como responsable y poseedor material por el ejecutante.

El hecho notorio de que la Ley 108 de 1928 primero, y el actual Código Judicial (Ley 105 de 1931) después, crearan un

trámite especial y sumario para el ejercicio de la acción real y declararían obligatorio acompañar a la demanda el certificado sobre propiedad de la finca hipotecada, está demostrando que sí tuvo en mientes el legislador nacional variar el sistema anterior y sustituir la fórmula de demandar al deudor o al señalado bajo juramento como último poseedor material, por la de seguir la acción con el propietario de la finca hipotecada, a la fecha de la presentación de la demanda.

Esta Corte, en su sentencia de 30 de octubre de 1923, dijo: "El actual poseedor a que se refiere la ley cuando se persigue ejecutivamente la hipoteca, o sea el que debe figurar como ejecutado o demandado cuando se persigue ejecutivamente un bien raíz con acción real, no puede ser otro que el que tenga la tenencia del inmueble con ánimo de señor y dueño; la ley no exige que el ejecutado sea el actual propietario o verdadero dueño de la finca gravada". (G. J. T.....)

Resulta de lo dicho que no existe violación del texto constitucional citado, ni menos de los legales que se aducen para fundamentar este cargo. No se ha evidenciado la ilegitimidad de la personería de la parte ejecutada, causal que se presenta para obtener la nulidad del ejecutivo y del remate en él verificado. Es inoperante el cargo y debe rechazarse.

Capítulo tercero. Otras causales por irregularidades dentro del juicio ejecutivo o referentes al título que le sirvió de recaudo.

Declara el mismo recurrente que este cargo lo considera muy secundario y de muy poca importancia, lo que justifica que el Tribunal le dedicara muy cortas premisas. Lo concreta en dos reparos, a saber: 1º el registro de la hipoteca, independientemente considerado, fue incompleto y por ello violó el artículo 2663 del C. C.; y 2º el auto ejecutivo fue adicionado en cuanto a la cuantía a pagar, sin los

requisitos legales; y la diligencia de remate se expidió en copia incompleta, sin la firma del juez ante quien se verificó, con violación del artículo 2661.

Ante todo, anota la Corte que aun en el supuesto de que se hubiera incurrido en tales irregularidades en el juicio ejecutivo, éstas no alcanzan a producir nulidad del proceso, ni menos del acto civil del remate, pues las nulidades procesales se hallan taxativamente consagradas en la ley y entre ellas no existe ninguna de las que señala el actor y recurrente.

Fuera de lo dicho, conviene advertir que, aun en la hipótesis de que faltaran algunos requisitos para el registro de la hipoteca, no sería el caso de decretar su nulidad, porque al tenor del artículo 2664 del C. C., y como lo advierte el Tribunal, por lo que del mismo registro consta y por lo que resulta del título al cual se refiere, puede venirse en conocimiento de lo que en tal registro se echa de menos.

En cuanto a la segunda tacha, es indudable que la copia de la diligencia de remate debe llevar las firmas del Juez y del Secretario, pero si en la copia que se llevó al registro se omitió la firma del Juez, se invalidaría en todo caso la copia pero no el acto mismo de la subasta, cuya acta original sí contiene tal formalidad. Y aun aceptándose que se hubiera realizado la inscripción de la diligencia del remate,

en la Oficina de Registro, sobre esta copia defectuosa, querría decir en último extremo que tal inscripción es defectuosa, pero es bien sabido que se trata de un requisito subsanable en cualquier tiempo y que no puede producir la nulidad del juicio ejecutivo, ni menos de la diligencia de remate.

No incide el cargo estudiado y por ello se rechaza.

Fallo:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día 30 de julio de 1940, 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.

Isaías Cepeda—José Miguel Arango—
Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa
Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Her-
nán Salamanca. — Pedro León Rincón,
Srio. en ppad.

OPOSICION A UN DESLINDE — APRECIACION DE PRUEBAS EN CASACION—IN-
CONGRUENCIA — NATURALEZA JURIDICA DEL JUICIO DE DESLINDE.

1.—Las pruebas en casación se contemplan tal como corresponde al artículo 520 del C. J. en su numeral 1º, o sea, en cuanto se formule el cargo de que al apreciarlas incurrió el Tribunal en error de derecho o en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos y en cuanto, además, y cardinalmente, de tal apreciación errónea se deduzca o ella de suyo implique la violación de disposiciones legales sustantivas. — 2.—Uniforme y repetidamente ha comprendido y sostenido la Corte que los cargos por el motivo segundo del artículo 520 del C. J. no son procedentes sino cuando se deja de decidir sobre algo que ha sido materia de la controversia o cuando se decide sobre lo que no lo ha sido o al decidir sobre lo que sí lo ha sido, el fallo va más allá de lo demandado; pero en manera alguna cuando la sentencia recaer, libre de abstención o de exceso en tales sentidos, sobre lo que ha sido materia del pleito. — 3.—Los juicios sobre deslinde no versan sobre el dominio, puesto que son de apeo, y por tanto, han de concretarse a establecer la materialidad del lindero o linderos respectivos y a señalarlos en lo posible con mojones. Cada uno de los dueños de predios limítrofes puede haber poseído aquende o allende la línea precisa, ya en toda ella, ya en uno o más de sus trayectos, y cuando el Juez al trazarla en el apeo y al analizarla y cribarla en el ordinario de oposición la señala de modo que no corresponda a esas ocupaciones, esta discrepancia no puede constituir tacha procedente ni valedera. — 4.—Es verdad transparente que la calidad de sus-

tantiva o de adjetiva de una disposición legal no consiste en su colocación en tal o cual código; en el civil abundan las meramente adjetivas y las sustantivas no escasean en el judicial. Los artículos 716 y 862 del C. J. son adjetivos, como también el 981 del C. C. — 5.—El art. 730 del C. J. no puede entenderse en forma de que lo que no consta en el acta de una inspección ocular se haya de entender por ello carente de comprobación, puesto que hay otros medios probatorios, y cuando con éstos se ha establecido el hecho o hechos respectivos, el sentenciador tiene que reconocerlo así, aunque estos hechos no consten en la inspección ocular o no hayan sido materia de ella. Esta prueba es distinta de las demás con que coexista, como habitualmente sucede con el dictamen pericial que la acompaña cuando el Juez se asesora de peritos. Esta distinción, que es obvia, la formula expresamente el mismo artículo 730.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo
Hinestrosa Daza)

Tramitado debidamente, se decide el recurso de casación interpuesto por José Trinidad Serrano contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga que, reformando la del Juzgado 1º de ese Circuito, decidió en segunda instancia los dos juicios acumulados de oposición a deslinde de que se habla en seguida.

Antecedentes.

Serrano demandó el deslinde entre La Aurora o El Almirante, finca suya, por el sur, y La Lealtad, propiedad de Ernesto Lloreda, inmuebles ambos ubicados en el Municipio de Lebrija. Esa diligencia se practicó el 10 de diciembre de 1937 y en ella se fijó dicha colindancia así: desde el árbol tigrillo marcado con una cruz y situado en la parte más alta del cerro de Malagán, línea recta al mojón señalado con otra cruz en el nacimiento de la quebrada de Colmenares.

Anunciación Sanmiguel como dueño de San Agustín, finca también ubicada en Lebrija, demandó a Serrano para que ésta por sus costados del norte y del occidente se deslindase con la prenombrada de Serrano, y la diligencia respectiva, practicada el 6 de abril de 1938, fijó así estas líneas: a) la del norte "partiendo de una piedra marcada con una cruz a la orilla de la quebrada de Limoncitos, ésta aguas arriba hasta su nacimiento", sitio éste que se precisó por un árbol madroño y la indicación de que al frente de éste a unos dos metros de distancia queda una piedra; y b) la del occidente, "del punto marcado como nacimiento de la quebrada de Limoncitos, línea recta al nacimiento de la quebrada Colmenares", y este nacimiento se precisó en un árbol mortuño que se marcó con una cruz.

Serrano formuló oposición contra las líneas descritas, en uno y otro de esos juicios especiales, por lo cual se adelantaron sendos juicios ordinarios que, acumulados en el Juzgado, se decidieron allí en sentencia de 12 de diciembre de 1938, la que acogió esas líneas tal como se fijaron en sus citadas diligencias, con sólo la modificación en el lindero entre las fincas de Serrano y Lloreda de tomar por punto de nacimiento de la quebrada de Colmenares, en vez del indicado el 10 de diciembre, el establecido el 6 de abril.

La sentencia recurrida.

Por apelación de Serrano contra ese fa-

llo, cursó la segunda instancia y el Tribunal la decidió el 7 de mayo de 1940 confirmando lo resuelto por aquél respecto de las líneas de colindancia entre San Agustín y El Almirante y señalando entre éste y La Lealtad, en vez de la que el Juzgado fijó inicialmente y corrigió después en su sentencia, esta otra línea: desde el árbol tigrillo marcado con una cruz, en la parte más alta del cerro Malagán, línea recta a un mojón de piedra clavado al pie de un árbol o tronco de caraño.

Para establecer esta línea, que fue en lo que tuvo reforma la decisión del Juzgado, el Tribunal se fundó principalmente en que los títulos de Serrano, como éste alega, no mencionan por ese lado el nacimiento de la quebrada Colmenares, sino que todos se refieren a un mojón de piedra clavado al pie de un caraño, ya para comenzar ese lindero, cuando la redacción del instrumento lo toma como punto de partida, ya cuando, alinderando en sentido contrario, lo señala como terminal; y agrega también que no hay asomo de prueba de haberse buscado en la diligencia de diciembre ese mojón, a pesar de esa circunstancia de citarlo así los títulos, y además, que número plural de testigos contestes afirman la existencia de ese mojón advirtiendo como detalle significativo que el árbol se pudrió pero queda su tronco. Aduce el Tribunal en confirmación la inspección ocular practicada por él el 1º de agosto de 1939.

Hace presente el Tribunal que el juicio ordinario de oposición establecido por el C. J. en su artículo 870, en el que el opositor es demandante, tiene por materia la discusión de la línea fijada y por finalidad la demostración de que la verdadera ha de ser tal o cual, distinta de aquélla en todo o parte. Y tanto para la reforma antedicha como para la aceptación de la sentencia del Juzgado en todo lo demás, estudió aquél los diversos elementos probatorios en que abunda el expediente, entre los cuales en primer lugar figuran las escrituras públicas aducidas por los tres litigantes.

Como Serrano se quejara de que los suyos se habían desoido por el Juez, el Tribunal los estudia uno a uno en orden cronológico comenzando por la escritura de 6 de febrero de 1893 en que Domingo Aguilar compró el terreno en ella delimitado, en el sitio de La Aurora, y siguiendo por la venta de Aguilar en 1897 de derechos en la sucesión de su esposa y en la respectiva sociedad conyugal a Rafael Pinzón, en pago de los cuales en la mortuoria de esta señora se hizo a Pinzón la adjudicación correspondiente en 1898, para pasar a la venta que éste hizo a Rosalía Pinzón de Barrera y llegar a la que esta señora hizo a Serrano en 1902. Estudia también el Tribunal la venta que el 28 de noviembre de 1915 hizo Serrano a su hijo Carlos María de la finca de El Almirante en el sitio de La Aurora, citando como título la compra a la señora de Barrera y otras, y la que Carlos María hizo el 14 de enero de 1918 al mismo José Trinidad de lo que éste le había vendido en 1915.

El Tribunal anota que allí el lindero del sur parte de donde del cerro Malagán se desprende un cordón y termina en un mojón de piedra clavado al pie de un caraño, y así lo describen las escrituras citadas hasta la de 1902 en que figura con tierras de los Sanmiguel, igualmente desde un cordón que se desprende del cerro Malagán hasta dar a un mojón de piedra clavado al pie de un caraño; y que en las ventas entre los Serranos este lindero se redacta así: "por el sur, tomando el filo del cordón de San Agustín hasta dar a la cumbre del cerro de Malagán donde se encuentra otro mojón, lindando en toda esta extensión con terrenos de Ambrosio Mantilla". Se advierte que el lindero inmediatamente anterior en las dichas escrituras entre los Serranos es el del oriente, cuya discriminación en lo pertinente parte de la quebrada de Los Saltos, sigue ésta arriba hasta a dar a un salto de piedra y termina diciendo: "y de ahí a un árbol sobresaliente en la punta del cordón de San Agustín, lindando en este

trayecto con propiedades del señor Crisóstomo Ordóñez Ortega". En seguida viene allí el lindero del sur tomando, como ya se vio, el filo del cordón de San Agustín hasta dar a la cumbre del cerro de Malagán.

El Tribunal toma nota del cambio y no halla razón para que se alteren entre los Serranos los linderos de los títulos anteriores.

Al estudiar los títulos de Lloreda, que inicialmente deslindan en conjunto las fincas que hoy son La Lealtad y San Agustín, halla que para 1896 en que Manuel Mantilla vendió a varios Sanmiguel y otros La Lealtad, el lindero del norte es la quebrada Colmenares y el del occidente la parte más alta del cerro del Caraño hasta el pico en donde se divisa esa quebrada. Al dividirse materialmente lo que fue materia de esa compra, la alinderración de La Lealtad en la parte que conserva este nombre y pertenece a Lloreda es ésta en lo pertinente: por el occidente, dicha cima o parte más alta del caraño, hasta donde se divisa la Colmenares en el pico más alto, y de éste hacia el norte en línea recta hasta encontrar la quebrada, lindando en esta parte con tierras de Domingo Aguilar; por el norte, esa quebrada, y por el sur, La Leona hasta su nacimiento en el cerro de El Caraño.

El Tribunal expone que el punto de partida de la línea fijada entre El Almirante y La Lealtad el 10 de diciembre es el verdadero, porque llena las exigencias de las escrituras públicas y se conforma con la identificación material suministrada por las pruebas restantes, y en corroboración reflexiona que al referirse la escritura a un cordón que se desprende del cerro de Malagán, es de entenderse que de los varios que hay, al que miran ha de ser al más notorio, es decir, al más alto; y a esto se agrega que efectivamente las escrituras hablan de la parte más alta; de suerte que las otorgadas entre los Serranos dicen: "hasta dar a la cumbre del cerro de Malagán, donde se encuentra otro mojón".

Cuanto al punto final de esa línea, ya se dijo cómo y porqué se separa el Tribunal del que el Juzgado señaló en su sentencia.

Relata el Tribunal los títulos de Sanmiguel en larga lista, para concluir que de la titulación no se deduce la claridad debida sino que los linderos entre San Agustín y El Almirante aparecen en ellas vagos y oscuros, entre otras razones porque no hay completa uniformidad al respecto, probablemente porque algunos de esos títulos juntan predios y otros los separan y versan sólo sobre porciones distintas o fincas distintas; pero añade que las deficiencias consiguientes se suplieron con dictámenes periciales y pruebas de testigos, sin que el opositor las infirmara, por lo cual quedó establecido que estos predios sí lindan por los costados en cuestión, contra la negativa de Serrano sostenida desde que Sanmiguel pidió el deslinde, como tampoco demostró Serrano que las líneas respectivas de esos costados fijadas el 6 de abril de 1938 no son las verdaderas.

Complementa su estudio el Tribunal con el de los testimonios aducidos por Serrano en la mira no lograda de demostrar que el Juzgado se equivocó en esa fijación.

Quedan así resumidos la sentencia recurrida y sus razonamientos fundamentales.

El recurso.

El apoderado de Serrano ante la Corte formuló en oportunidad la demanda de casación en alegato sobre manera extenso que contiene el análisis nimio y detallado de cada una de las numerosísimas pruebas de este voluminoso expediente en el cual hay, a más de las diligencias de deslinde y de inspección ocular ya citadas y de los dictámenes periciales rendidos con ocasión de unas y otras, gran número de instrumentos públicos, posiciones, certificaciones del Registrador y alta cifra de testigos. Sin desconocer que

ese trabajo en sí es muy loable, debe advertirse que, dada la diferencia entre la casación y la instancia, la Corte —que lo ha leído y releído atentamente— no puede seguirlo como procedería el Juzgado o Tribunal, sino que tiene que recoger de él lo que compete a la casación, en la cual las pruebas se contemplan tal como corresponde al artículo 520 del C. J. en su numeral 1º, o sea, en cuanto se formule el cargo de que al apreciarlas incurrió el Tribunal en error de derecho o en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos y en cuanto, además, y cardinalmente, de tal apreciación errónea se deduzca o ella de suyo implique la violación de disposiciones legales sustantivas.

Invoca los motivos 1º y 2º de los del citado artículo 520. El 2º queda descartado desde luego a la sola consideración de que lo deriva de que las líneas fijadas no se ajustan a las pretensiones de su parte, lo que es muy distinto de la falta de consonancia entre la sentencia y lo controvertido, que es en lo que consiste ese motivo 2º. Uniforme y repetidamente la Corte ha comprendido y sostenido que los cargos por esta causal no son procedentes sino cuando se deja de decidir sobre algo que ha sido materia de la controversia o cuando se decide sobre lo que no lo ha sido o al decidir sobre lo sí lo ha sido, el fallo va más allá de lo demandado; pero en manera alguna cuando, como en el caso presente, la sentencia recae, libre de abstención y de exceso en tales sentidos, sobre lo que ha sido materia del pleito, o sea, como queda visto, la determinación de si fueron acertadas o no, y caso de desacierto, en qué consiste, las líneas de colindancia de El Almirante con La Lealtad y con San Agustín señaladas en los respectivos juicios especiales, que es el objetivo del juicio ordinario de oposición según el artículo 870 del C. J. ya citado.

Si el Juzgado, que las fijó en las citadas diligencias, las estudió al sentenciar las oposiciones y falló sobre todas aquellas, y si el Tribunal al revisar el fallo del Juzgado decidió en forma de no dejar

ninguna de tales líneas sin estudio y decisión y no se excedió, como por ejemplo lo habría hecho trazando líneas no solitadas, esto es, si satisfizo el deber de establecer todas las líneas de cuyo señalamiento se trata y no trazó línea no contenida ni pedida, ese motivo 2º es improcedente.

Cosa distinta es que en el señalamiento de las líneas materia de estos dos juicios acumulados haya acertado o no la sentencia recurrida. Esta cuestión es la que plantea y detenidamente expone el recurrente dentro del motivo 1º formulando cargos por el desacierto que le atribuye, en todos los cuales figura el de violación de ley sustantiva en las varias formas autorizadas en casación por la ley, cuales son interpretación errónea, falta de aplicación y aplicación indebida y también infracción directa por todo ello e indirecta por errónea apreciación de las pruebas tanto en el hecho como en el derecho. A esos cargos sobre las líneas mismas agrega los correspondientes a haberse hallado y declarado entre el predio de Serrano y el de Sanmiguel una colindancia que aquél viene negando desde que contestó la demanda de deslinde de éste. Separa los cargos relativos a cada uno de los dos predios La Lealtad y San Agustín.

Cuatro son los que forman el grupo correspondiente a aquél, esto es, a la contienda con Llorede. Se resumen así:

1º Al incoar su demanda de deslinde Serrano venía ocupando ya por más de diez años continuos lo que compró a Carlos María Serrano en enero de 1918 y que a éste le había vendido en 1915, por lo cual cuando formuló dicha demanda tenía adquirida la consiguiente situación legal, de la que no hay razón para desconocerla, como no la hay para desestimar las dos escrituras a que acaba de aludirse, máxime cuando en realidad no alteraron la alinderación de los títulos anteriores, todos los cuales hablan de un cordón que se desprende del cerro de Malagán, para ir de ahí al mojón de piedra al pie del cara-

ño, que es lo que los Serranos dicen en esas escrituras. La línea de unión de esos dos puntos debe ser por el cordón mismo, que es el conocido con el nombre de cordón o filo de San Agustín y el reconocido durante todo ese lapso como lindero de El Almirante por el sur, como quedó establecido en la inspección ocular de la segunda instancia y afirmado por los varios testigos que presentó el recurrente. Contrasta con todo ello la fijación de una línea recta. Además, no es aceptable que se convierta en una línea imaginaria un límite arcifinio. Y agrega que ninguno de los títulos habla de varios cerros, sino de uno solo nombrado invariablemente Malagán, ni habla de varios cordones sino de uno, ni dice que éste sea el que se desprende de la parte más alta del cerro, ni cita árbol tigrillo.

Por todo esto acusa de error en la apreciación de las aludidas pruebas, ante todo la escrituraria, de suerte que si se hubieran escuchado, el lindero entre El Almirante por el sur y el norte de La Lealtad se habría señalado por el cordón de San Agustín desde donde éste se desprende del cerro Malagán hasta donde se halla el mojón de piedra al pie del caraño. El recurrente manifiesta que el Tribunal acertó en la fijación de este último punto como terminal de esa línea de colindancia.

Las disposiciones violadas por aquel proceder son los artículos 630, 716, 722, 723, 730, 862 y 868 del C. Judicial, de todos los cuales dice el recurrente que tienen carácter sustantivo.

2º El Tribunal dejó de apreciar la inspección ocular que practicó con peritos ingenieros, así como el dictamen uniforme de éstos, pruebas que establecen como tal lindero "un cordón que se desprende del cerro de Malagán hasta dar a un mojón de piedra clavado al pie de un caraño". De esa abstención, que implica error de derecho en la apreciación de esas pruebas, se dedujo la violación de aquellas mismas disposiciones legales.

3º Los testigos cuya lista formula el recurrente afirman su referida posesión,

en especial en el sector limítrofe entre su finca y la de Lloreda, y acusa por desacierto en la apreciación de aquellas declaraciones, de la que se dedujo violación del citado artículo 862 del C. J. y además del 981 del C. C., del que dice que establece dominio como consecuencia de aquella posesión material.

4º El Tribunal incurrió en iguales yerros y violación por haber fijado una línea distinta de la sostenida por Serrano y de la indicada por los títulos de Lloreda.

Siete son los cargos en lo atañadero al deslinde con San Agustín, a saber:

1º Los títulos de Sanmiguel señalan como lindero de este predio por el norte la quebrada de El Limoncito "aguas arriba a dar a terrenos de Domingo Aguilar, hoy de José Trinidad Serrano". Esto basta para reconocer que por ese costado no linda San Agustín con el predio de Serrano, siendo así que éste no figura sino para marcar el final de ese lindero. Así lo dice la escritura de compra que él hizo a Pedro Rincón el 15 de febrero de 1932, y así lo decía la de compra de éste a Lucio Argüello el 25 de enero de 1929, la que, después de decir "esa quebrada aguas arriba hasta dar con tierras de Aguilar, hoy de Trino Serrano", agrega: "lindando con propiedades del vendedor".

Por aquí vuelve Serrano a negar esa colindancia tal como lo hizo desde que se le notificó la demanda de deslinde de Sanmiguel. Ahora esta negativa viene a determinar en casación el cargo de error de derecho y evidente de hecho en la apreciación de esas escrituras y de consiguiente violación de los artículos 593, 601, 603 y 630 del C. J. que dan a esta prueba un carácter excepcional por encima de los demás medios probatorios legales.

2º—Para formular este cargo el recurrente se expresa condicionalmente y dice que en el supuesto de que el Tribunal prescindiera de esos títulos y de los de El Almirante y se atuviera exclusivamente al dicho de los peritos en la diligencia de deslinde, la sentencia es violatoria de esas disposiciones y del artículo 862 del

mismo C. J., "por las razones expuestas en el motivo anterior y porque se le dio a la prueba testimonial una primacía sobre las escrituras públicas que la ley no le reconoce, lo cual constituye un evidente error de derecho".

3º—Violación de los artículos citados del C. J. y 981 del Civil, por error en la apreciación de las citadas pruebas, en cuanto se fijó como lindero de San Agustín por el norte una línea que difiere de la indicada por los títulos y la inspección ocular y que "no tiene demostración o comprobación alguna en los autos fuera de la voluntad caprichosa de los peritos que la indicaron al Juez de la instancia".

4º—Se refiere al dictamen pericial expuesto en el deslinde y al concepto de que fue uniforme, expresado por el Juez y acogido por el Tribunal, así como a la opinión de que los títulos no explican el lindero norte de San Agustín. Afirma el recurrente que hubo error en la apreciación de estas pruebas y consiguiente violación de los artículos 716, 722 y 723 del C. J., porque no hubo aquella uniformidad y porque no hay tal deficiencia en los títulos. Los peritos concuerdan en que el lindero es la quebrada de El Limoncito aguas arriba; pero difieren en los puntos de partida y de llegada, en cuanto uno de los peritos los señala y otro se abstiene de indicarlos, a tiempo que los títulos no adolecen de esa deficiencia en razón de referirse unos a una finca total y otros sólo a partes de ésta, como se le ocurrió al Tribunal suponer.

5º—Algunos de los títulos de Sanmiguel mencionan la quebrada Limoncitos como lindero entre él y Serrano y en la diligencia de deslinde se habló de la Colmenares para marcar su nacimiento como punto terminal del costado norte de San Agustín, sin que los peritos fundamentaran este concepto, y en cambio expresaron con precisión el hecho de no haber corrientes de agua de alguna significación fácilmente determinables como tales quebradas mencionadas en las escrituras, y encontraron únicamente dos cañaditas de escaso relieve que dan señales de condu-

cir agua en caudal notorio en época de lluvia, cañaditas de que los testigos dijeron ser los nacimientos respectivos de esas quebradas. Deduce de aquí el recurrente el cargo de haberse desoído esta prueba por el Tribunal al reputar colindantes los predios de Sanmiguel y de Serrano y al señalar como punto terminal del lindero el nacimiento de la Colmenares. Agrega que las escrituras hablan de ésta para citarla como algo que se divisa desde la parte más alta del cerro; de suerte que es algo visible a distancia, muy distinto de la cañadita de que hablan los peritos. Con el error de apreciación de la inspección ocular y del dictamen pericial aludidos, dae que ocurre violación de los artículos 722 y 730 del C. J.

6º—Este cargo se relaciona con el costado occidental de San Agustín y oriental de El Almirante. Los títulos de Serrano marcan este lindero partiendo del mojón de piedra al pie del caraño y tomando de ahí en línea recta al banco de piedra que hay en dirección a la quebrada Los Saltos para concluir en línea recta a esta quebrada. Así se marca en la realidad de los hechos la posesión ejercida por más de diez años continuos por Serrano, y así lo declara en el curso de su parte motiva la sentencia del Tribunal y lo establece la inspección ocular que él practicó; por tanto, al desoírse estas indicaciones se incurrió en error que condujo a la violación de los artículos 593, 630, 697 y 722 del C. J. y 981 y 900 del Civil.

Agrega en este punto el recurrente que si el Tribunal no asintió a lo establecido por estas pruebas porque a su juicio carecían de fuerza suficiente, hay error en su apreciación, porque son completas en derecho.

7º—Error de hecho evidente y error de derecho en la apreciación del dictamen pericial y de las declaraciones de testigos en lo que respecta a la fijación del nacimiento de la quebrada Colmenares, porque sobre esto ni los peritos ni los testigos dan la razón de su dicho y, además, hay tres determinaciones distintas de ese

mismo punto, a saber: una en la primera diligencia de deslinde que lo señala "donde se juntan dos pequeños cauces y desde el cual forman uno solo y brotaba agua", otra en un árbol de madroño junto al sitio por donde descienden las aguas de la Limoncito, y otra en el árbol llamado Mortiño. De aquí deduce el cargo de error y la consiguiente violación de los artículos 697, 701, 716, 722 y 723 del C. J.

Como síntesis de su extenso alegato formula la solicitud de que la sentencia recurrida se infirme y se reemplace por estas declaraciones: 1º el lindero de El Almirante por el sur con la finca La Lealtad de Ernesto Lloreda es éste: un cordón que se desprende del cerro Malagán, cordón de San Agustín, hasta dar a un mojón de piedra clavado al pie de un caraño, y 2º no son colindantes El Almirante y San Agustín por los costados norte y occidente de éste.

En subsidio de esta última negativa y para el caso de que sí se halle la colindancia, ella es: por el sur de El Almirante, el cordón o filo de San Agustín a dar a un mojón de piedra clavado al pie de un caraño; y por el oriente de la misma finca El Almirante, desde el mojón de piedra al pie del caraño en la parte baja del cordón de San Agustín, línea recta al banco de piedra sobre la quebrada de Los Altos (dice Los Saltos).

Se advierte que en la línea solicitada en el punto 1º se hace la salvedad, contenida en las escrituras pertinentes, de los referidos veinte metros de ancho para la vía.

Se considera:

Es del mayor predicamento en esta controversia la cuestión suscitada sobre si efectivamente colindan las fincas de Sanmiguel y de Serrano, lo que éste ha negado desde que contestó la demanda de deslinde incoada por aquél e insiste en negar en el presente recurso en forma de derivar de ahí uno de sus cargos.

Al practicarse tal diligencia, esto es, la referida del 6 de abril de 1938 (cuaderno 3º, folios 20 a 22), se encontró por el Juzgado en vista del terreno, de sus indicaciones materiales y del concepto acorde de dos de los peritos, a más del dicho de los varios testigos que en ese acto y lugar declararon, que efectivamente existe aquella colindancia por ambas líneas materia de la solicitud inicial de Sanmiguel. Fue en ese acto y con tales bases de juicio como se identificó la quebrada de Limoncitos, a que se agrega que entonces se leyeron las escrituras públicas a que la diligencia alude.

Sobre tal pie se estableció allí, y en esto estuvo de acuerdo el perito tercero con los dos principales, que "el punto de partida del lindero norte entre don Anunciación Sanmiguel y don José Trinidad Serrano es este punto donde se precipita la quebradita por el banco, porque de aquí para abajo don Anunciación linda con propiedades del Departamento de Santander". El Juez mandó marcar una cruz en una piedra grande y declaró: "el punto de partida del lindero norte es esta piedra a la orilla del Salto y marcada con esta cruz como primer mojón".

En seguida, viendo la quebradita que corre al pie de esa piedra y oyendo los testigos que en ese sitio y acto declararon, así como a los peritos, a quienes se les leyeron las escrituras, el Juez dijo: "El lindero norte del predio de San Agustín en la parte que linda con don José Trinidad Serrano es: partiendo de esta piedra marcada con esta cruz a la orilla de esta quebrada de Limoncitos, siguiendo por esta quebrada aguas arriba hasta su nacimiento". Del propio modo, con iguales bases y estudio, trasladado el personal a cierto sitio que así se determinó como nacimiento de esa quebrada, así lo declaró el Juez señalando ahí como segundo mojón para determinar el dicho lindero del norte de San Agustín con Serrano, y mandó marcar una cruz a machete en un árbol de madroño, frente al cual como a dos metros de distancia se halló

una piedra que también se marcó. Para cerrar la fijación de este lindero, dice la diligencia: "Anota el Juzgado que la tal quebrada de Limoncitos sigue una línea recta con un zigzag de poca consideración".

Dos de los peritos conceptuaron que el lindero occidental va en línea recta al nacimiento de la Colmenares, y el personal de la diligencia se trasladó al punto que en ella se entendió como tal, por lo cual allí se marcó como término de ese costado occidental de San Agustín un árbol alto llamado mortiño, con una cruz. El otro perito "dijo que era otro el lindero, pero sin precisarlo". Así reza la diligencia. El Juez señaló como lindero occidental de San Agustín en la parte que linda con Serrano la dicha recta, o sea, la que va del nacimiento de la Limoncitos al árbol señalado como nacimiento de la Colmenares.

El Juez en la sentencia que decidió las oposiciones estudia con sumo detenimiento todas las pruebas pertinentes, afirmando de modo enfático que los puntos a que se refieren las diligencias de deslinde no sólo se identificaron sino que se señalaron sobre el terreno, "procediendo en la mejor manera posible".

El Tribunal, a más de esos elementos, dispuso de los aducidos por las partes en la segunda instancia, entre los cuales sobresale la inspección ocular practicada por él; y fue así como encontró, no sólo que entre El Almirante y San Agustín hay la colindancia negada por Serrano, sino también que las líneas fijadas desde el deslinde de 6 de abril y acogidas por el Juez al sentenciar el juicio ordinario, son las verdaderas.

Sorprendería, para decir lo menos, que habiendo visto esas fincas y, en lo posible, recorrido sus linderos e identificado los puntos de referencia de las alineaciones tanto el Juzgado como el Tribunal, resultaran ambos afirmando una colindancia inexistente. Pero, por lo ya dicho, no es esa sola extrañeza lo que conduce a reconocer hoy esa colindancia, si-

no la revisión de los aludidos elementos probatorios.

No sobra traer a cuenta que los títulos de lo que hoy es San Agustín citan el nombre de antecesor de Serrano y, andando el tiempo, citan el de éste como colindante de aquel predio. Más todavía: al formular su apoderado la respuesta a la demanda de Sanmiguel y transcribir con tal motivo lo pertinente de algunas de esas escrituras, así lo reconoce (cuaderno 8º, folio 3, frente).

Número plural y aun abundante de testigos que han vivido y trabajado ahí y otro que estudió la finca una vez que pensó comprarla, afirman terminantemente esa colindancia, y es de advertir que muchas de tales declaraciones se recibieron sobre el terreno, ya en la inspección ocular, ya en las diligencias de deslinde.

Por su lado los peritos varios que intervinieron en esas tres diligencias, de las cuales son pertinentes a San Agustín las de 6 de abril y 8 de agosto, también afirman tal colindancia, unos expresamente, otros indicando las líneas y uno de ellos haciendo la salvedad de que una de esas líneas es distinta de la señalada por sus dos compañeros.

Es, pues, de todo punto inadmisibles el concepto de no existir esa colindancia y, por ende, quedan rechazados los cargos hechos al fallo recurrido en razón de reconocerla.

También se rechazan los referentes a las líneas en sí, en fuerza de lo que se viene diciendo y de las razones complementarias que pasan a exponerse tanto sobre esas líneas relativas a San Agustín como sobre la trazada con La Lealtad.

Las diferencias de redacción del lindero con esta finca cuando se pasa de las escrituras anteriores a las que entre sí se otorgaron los Serranos, padre e hijo, no pueden imponer la consiguiente alteración de lo señalado en aquéllas, entre otras razones por la decisiva de que la misma demanda incoada por Serrano contra Lloreda para obtener la alinderación y amojonamiento dichos indica La Auro-

ra (El Almirante) con referencia a la compra de Serrano a la señora de Barrera, cuya escritura indica, como uniformemente lo hacen las demás escrituras anteriores aludidas, que el inmueble en ellas transferido, es decir, el que vino a ser de Serrano y cuya alinderación pide éste, tiene por lindero al sur una línea descrita y redactada en todos esos instrumentos así: "desde un cordón que se desprende del cerro Malagán hasta dar a un mojón de piedra clavado al pie de un caraño, dejando veinte metros de ancho para la vía". Así reza también el libelo de demanda de deslinde de Serrano, del cual se toma lo que se acaba de transcribir.

Si el Tribunal fija este lindero refiriéndose precisamente a esos dos puntos como de partida y de llegada, en manera alguna puede decirse que haya desoído los títulos de Serrano; y si, por otra parte, éstos no dicen cómo hayan de atarse entre sí esos dos puntos, no puede acogerse el cargo de error en su apreciación porque el Tribunal los ate con una recta. Cabalmente la falta de indicación en ellos al respecto obliga a ese recurso matemático; los límites arcifinios tienen incuestionables ventajas; pero no se puede, en aras de ellas, conceder a tal o cual de los colindantes cuanto en su caso abarque un límite arcifinio si sus títulos no se lo atribuyen y si él mismo pide que su predio se le marque por donde sus títulos lo precisan.

Vuelve a decirse que el error de hecho alegable en casación ha de aparecer de manifiesto en los autos. Y esta consideración, sin necesidad de otras razones, bastarían para rechazar el cargo de que se está hablando.

Precisar la parte más alta del cerro mediante un árbol llamado tigrillo marcado a mayor abundamiento con una cruz, lejos de justificar un cargo, demuestra el lleno de los deberes del Juez que deslinda y amojona. Otro tanto dice la escogencia de la parte más alta del cerro, acerca de lo cual se recuerda que lo pertinente de los títulos de Serrano indica

la cumbre del cerro Malagán. Por otra parte, cuando por excepción sólo un ramal es lo que se desprende, las calificaciones que se le añadan podrán ser por lo mismo innecesarias, pero no pueden sembrar confusiones; y si son varios y en los títulos no está precisada ninguno, es lo indicado por lo razonable tomar el más alto, porque, como observa el Tribunal, si los interesados otorgantes de varios instrumentos sucesivos se han valido de un cordón o ramal para señalar su arranque como punto de partida o de llegada de un lindero, lo natural es entender que se refirieron al más alto por ser el más notorio.

Tampoco hay error en no basar la fijación del lindero en lo comprobado por Serrano sobre su ocupación, porque los juicios como el presente no versan sobre el dominio, puesto que son de apeo y, por tanto, han de concretarse a establecer la materialidad del lindero o linderos respectivos y a señalarlos en lo posible con mojones. Cada uno de los dueños de predios limítrofes puede haber poseído aquende o allende la línea precisa, ya en toda ella, ya en uno o más de sus trayectos, y cuando el Juez al trazarla en el apeo y al analizarla y cribarla en el ordinario de oposición la señala de modo que no corresponda a esas ocupaciones, esta discrepancia no puede ser tacha procedente ni valedera.

Las pertinentes escrituras públicas contienen la referencia a las corrientes allí denominadas quebradas de Limón o Limoncitos y la Colmenares, en la alindación respectiva; nada de extraño, pues, que lo mismo suceda en la inspección ocular, en los dictámenes periciales y en las declaraciones de los testigos. Los cargos al respecto no pueden admitirse sobre el hecho de tener como linderos esas corrientes. Acentuadamente se formulan respecto de su identificación y, más que todo, sobre el señalamiento del sitio exacto donde nacen. Habiendo sido controvertidos estos hechos desde que se inició la litis, fueron materia de especial aten-

ción de las partes y de los sentenciadores. Juez y Magistrados vieron con sus ojos y estudiaron los predios de los litigantes y sus líneas de colindancia con ese óptimo medio de conocimiento y con los demás medios probatorios de que tanto se ha hablado ya aquí y cuyo nimio y cuidadoso análisis se ha reconocido en la forma ya expresada. Dudas sobre tales o cuales detalles de esas líneas y sus respectivos puntos inevitablemente tuvieron que ocurrir; así, por ejemplo, hubo vacilación sobre el nacimiento de la Colmenares; pero de ahí no cabe deducir error de derecho en la determinación a que finalmente se llegó, ni error de hecho, menos aún un error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, como tendría que serlo para que llegándose a la infracción de ley sustantiva, la casación prosperase.

Es verdad transparente que la calidad de sustantiva o de adjetiva de una disposición legal no consiste en su colocación en tal o cual Código; en el Civil abundan las meramente adjetivas y las sustantivas no escasean en el Judicial. Hecha esta advertencia, que hasta innecesaria parece, es de observarse que en el presente recurso el recurrente cita como sustantivas para quejarse de su quebrantamiento varias disposiciones incuestionablemente adjetivas, como el artículo 716 del C. J. que reglamenta el estudio y deliberación de los peritos y la redacción de su dictamen y que dice cómo el tercero en discordia ha de acompañar a los principales en la diligencia y emitir opinión sobre los puntos de discordancia de aquéllos; o cómo el artículo 862, ibídem, que ordena practicar el deslinde, con señalamiento del día y hora al efecto, cuando no se proponen excepciones o las propuestas se declaran infundadas. Otro tanto cabe decir sobre la parte del artículo 981 del C. C. que enumera los hechos que, en su caso, han de comprobarse. Queda descartada ésta disposición al considerar, de

otro lado, que ni en esa parte ni en el resto pudo siquiera ser quebrantada por el Tribunal, puesto que no juzgó el caso en relación con la posesión en sí misma ni con los actos de ella ejecutados por Serrano y que en un pleito en que ello hubiera sido pertinente podrían haberse analizado indagando si son o no de aquéllos a que sólo da derecho el dominio. El Tribunal se condujo al respecto como corresponde al juicio de deslinde, el cual en el especial y en el ordinario de oposición no es reivindicatorio, según ya se ha advertido.

Si la violación del artículo 900 consiste en reconocer acción de deslinde a Sanmiguel contra Serrano y en carecer aquél de ella por no haber colindancia, queda rechazado el cargo al sólo recordar que ésta sí existe. Además, esa disposición confiere tal derecho al dueño, y Sanmiguel demostró serlo del predio de San Agustín.

Las demás disposiciones que el recurrente cita como violadas, todas del C. Judicial, obligan con esa cita a las siguientes breves consideraciones: el artículo 593 indica cómo se funda una decisión judicial y dispone que ha de establecerse con pruebas la verdad de cada hecho. Lo procedente cuando se le desoye es formular los cargos correspondientes a los consiguientes errores de apreciación. Esto, que lo ha hecho el recurrente en el presente caso con el mayor detenimiento, queda estudiado ya.

El artículo 603. Las escrituras presentadas sin nota de registro se dejaron de considerar por lo mismo en la primera diligencia de deslinde. Las a que aquí se ha hecho referencia en respaldo de los conceptos del Tribunal obran en copias notariales debidamente registradas.

Artículos 722 y 723. El Tribunal dio a los experticios la estimación que corresponde al tenor de estas disposiciones. La falta de unanimidad de los tres peritos no puede ser razón que justifique error de derecho o de hecho como cargo, tanto en lo que hace a la estimación de esta

prueba en sí, cuanto en sus relaciones con los demás elementos probatorios referidos, de cuyo conjunto fue de donde dedujo el Tribunal su fallo, como corresponde. Concretando la atención aquí a aquella prueba, cabe agregar que la no concurrencia de uno de los peritos al concepto acorde de los otros no puede ser legalmente motivo para que el sentenciador desoiga a éstos cual si estuviesen obligados a ajustarse al dicho o abstención de aquél.

El artículo 730 establece la fuerza probatoria de la inspección ocular. Para rechazar el cargo de quebrantamiento de esta disposición, bastaría observar que el Tribunal estimó esta prueba. Cabe añadir que esa disposición no puede entenderse en forma de que lo que no conste en el acta de una inspección ocular se haya de entender por ello carente de comprobación, puesto que hay otros medios probatorios, y cuando con éstos se ha establecido el hecho o hechos respectivos, el sentenciador tiene que reconocerlo así, aunque estos hechos no consten en la inspección ocular o no hayan sido materia de ella. No sobra advertir que esta prueba, considerada en sí misma, es distinta de las demás con que coexista, como habitualmente sucede con el dictamen pericial que la acompaña cuando el Juez se asesora de peritos. Esta distinción, que es obvia, la formula expresamente el mismo artículo 730.

El artículo 862 dice quién, cómo y cuándo puede presentar demanda de deslinde. Aquí hubo dos: la de Serrano contra Llorreda, respecto de la cual desde luego es de advertirse que no será aquél quien reclame porque se le admitió y dió curso; y la de Sanmiguel contra Serrano, presentada con sus requisitos legales, a que se agrega, como ya se observó, que Sanmiguel demostró ser dueño de San Agustín, como demostró la tantas veces referida colindancia de este fundo con el de Serrano. No es, pues, admisible el cargo de que esta disposición se haya quebrantado.

El artículo 603 recuerda el valor probatorio de la escrituras públicas. Lo pertinente al respecto es la fuerza plena que sus declaraciones tienen contra sus otorgantes y sucesores según los artículos 1759 y 1761 del C. C., referente éste, en igual sentido, al instrumento privado. Claro es que esa fuerza probatoria ha de entenderse también para autoridades y terceros como en cada caso corresponda. Pero nada de ello puede significar que en un juicio de apeo o en el ordinario motivado por la oposición a la línea señalada en aquél, haya de guiarse el sentenciador exclusivamente por las escrituras públicas traídas por las partes; por el contrario, y así expresamente lo dice el recurrente en este juicio, las deficiencias de los títulos han de llenarse con las demás pruebas y con éstas ha de aclararse lo que en ellos sea dudoso u oscuro.

Esto, que fue lo que hizo el Tribunal según se ha visto, es muy distinto de suplantar las escrituras públicas con esos elementos probatorios restantes. Se dice así, porque el recurrente sostiene que se dio prevalencia a las declaraciones de testigos, y a infundado concepto pericial sobre los instrumentos públicos. Habiéndose tomado en cuenta todo el haz probatorio armonizándolo y complementando las

escrituras con los elementos restantes, es inaceptable el cargo.

Los croquis que figuran en el proceso no se han podido tomar en consideración porque vinieron parcialmente y no cuentan con el acuerdo de los litigantes. Sin duda habría facilitado el estudio un plano de los terrenos levantados y producido en legal forma.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida, o sea, la pronunciada en este pleito por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el siete de mayo de mil novecientos cuarenta.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango.
 Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa
 Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Secretario en ppad.

PERJUICIOS. — ACCION DE RESPONSABILIDAD POR CULPA. — TEORIA DEL RIESGO CREADO. — CASO FORTUITO Y SUS CONDICIONES PARA QUE EXISTA.

1.—La técnica de casación impone al recurrente el deber de señalar las disposiciones que estima violadas de la ley sustantiva para apreciar el alcance, naturaleza y fundamento del cargo que se alegue. Resulta imposible velar por el recto cumplimiento y aplicación de la ley positiva y deshacer el agravio que en su aplicación haya podido perpetrarse si el recurrente se abstiene de señalar e indicar la norma o normas que estime violadas, en cualquier concepto, por el fallo acusado. — 2.—La teoría del riesgo creado se funda en que todo perjuicio causado debe ser atribuido 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 modificado 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. Ni la jurisprudencia francesa ni esta Corte han aceptado esa teoría. Entre nosotros no podría aceptarse 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 no lo ha entendido en el concepto que ese 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. — 3.—Dos condiciones se requieren para que exista el caso fortuito: 1ª, que el acontecimiento provenga de una causa extraña que no puede ser imputable al agente, y 2ª, que el acontecimiento resultante de la causa extraña sea irresistible. Esta misma configuración del caso fortuito ha sido consagrada por el artículo 1º de la ley 95 de 1890. Para que un individuo sea, pues, libertado de responsabilidad es necesario que el acaecimiento no pueda preverse y que sea irresistible. Tratándose de culpa por accidente, se estará en presencia del caso fortuito cuando el insuceso se deba a un hecho irresistible que no ha podido preverse, o bien a un hecho imputable a la víctima exclusivamente.

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

(Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez)

Antecedentes.

1. "El día 20 de octubre de 1935, entre diez y once de la mañana, bajaba por la calle 32, hacia la carrera 13, el agente de la Policía Nacional en ejercicio, señor Pablo A. Jaime Correa.

2. "Al llegar a la intersección de la calle 32 con carrera 13 el agente vio el tranvía número 96 que se dirigía al Norte de la ciudad y que estaba estacionado antes de la bocacalle dejando pasajeros, por lo cual pasó por delante de él a fin de ganar la acera occidental de la carrera 13 con ánimo de tomar un tranvía que lo llevara al Sur.

3. "Cuando atravesaba la carrera 13, más o menos en la mitad de la vía, fue atropellado por el automóvil que manejaba la señora Irene Madero de Ayala, el que lo arrolló con el "bomper" delantero, arrojándolo al suelo y causándole heridas en el cráneo y en la pierna derecha.

4. "Las heridas sufridas por el agente le ocasionaron sesenta días de incapacidad para trabajar y 'un defecto funcional y deformidad física levisimos, permanentes e irreparables'".

Juicio ordinario.

Ante el Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá presentó demanda ordinaria Pablo A. Jaime Correa contra la señora Irene Madero de Ayala, solicitando que se hicieran estas declaraciones:

1º "Que la demandada señora Irene Madero de Ayala es responsable civilmente de las heridas que me causó manejando su automóvil particular distinguido con el número 2599 (placa de Bogotá, correspondiente al año de 1935), hecho ocurrido en esta ciudad el día 20 de octubre de 1935, heridas que me han ocasionado una incapacidad permanente e irreparable para trabajar.

2º "Que la señora demandada debe pagarme como indemnización de perjuicios materiales y morales por las heridas e incapacidad consiguiente a que se refiere la anterior petición, la suma de cinco mil pesos m/cte. (\$ 5.000.00), o la que se establezca en el curso del juicio.

3º "Que si la señora demandada se opone a las pretensiones de esta demanda se le condene a pagarme las costas del juicio".

Surtido el trámite de rigor, el Juez a

quo le puso término a la primera instancia por medio de sentencia fechada el 31 de marzo de 1939, en la que declaró a la señora Madero de Ayala responsable civilmente de las heridas que le causó a Jaime Correa y la condenó a pagar la suma de dos mil quinientos pesos (\$ 2.500) moneda legal, como indemnización de los perjuicios sufridos por éste.

En dicho fallo estimó el juez de instancia que la demandada señora Madero de Ayala sí tuvo responsabilidad en el accidente que ocasionó las heridas y lesiones al actor, y llega a esta conclusión luego de un estudio erudito del fenómeno de la responsabilidad extracontractual. Pero estima igualmente que hubo concurrencia de culpas, debido a que la víctima se expuso imprudentemente a ser atropellada por el vehículo que manejaba la señora demandada. De esta manera se expresa el Juzgado de primera instancia:

"No cabe duda entonces, que el hecho cometido por el demandante de atravesar corriendo la carrera 13 en su intersección con la esquina de la calle 32 en los momentos en que estaba detenido un tranvía que viajaba de sur a norte en dicha esquina y en los que venía otro en dirección norte sur constituye una falta de diligencia, una carencia de previsión, un descuido. Sobre que el agente bajó corriendo o por lo menos precipitadamente, están acordes todos los testigos de uno y otro lado y sobre que pasó por delante del tranvía el mismo agente lo dice en su demanda".

"Y constituye culpa este hecho por la sencilla razón de que el tranvía que estaba quieto podía moverse de un momento a otro, sin que el agente pudiera calcular su velocidad en un momento dado; porque quien atraviesa por delante de un tranvía pierde la perspectiva de la vía y queda imposibilitado para precaverse contra vehículos que vengan detrás y aprovechen su estacionamiento para pasarlo; porque impide tomar precauciones contra vehículos que vengan a la par del tranvía y normalmente lo adelantan cuando aquél se detiene; porque cuando sucedió

el accidente no estaba prohibido en dicho sector pasar tranvías que estaban dejando y recibiendo pasajeros (certificado del Tráfico); porque al atravesar la calle para tomar el tranvía que se dirigía al Sur, el agente tenía que subir a éste por el costado izquierdo y tal costado no es el adecuado para dicha maniobra, por elementales disposiciones de tráfico, o tenía que pasar por delante de ese carro exponiéndose nuevamente para tomarlo por el lado derecho; porque al atravesar en tal forma la vía se ponía en peligro de ser cogido por vehículos que vinieran en dirección sur norte detrás del tranvía y que aprovechaban su detención para pasarlo, y, porque, dado el carácter de agente de policía del demandante, estaba en la obligación nacida de su cargo, de ser más previsivo y no infringir el orden del tráfico de la ciudad”.

Como consecuencia, redujo a la mitad el monto de la indemnización que debía pagarse al actor a causa del accidente.

La sentencia recurrida.

No se conformaron las dos partes con ese fallo y ambas lo apelaron, con el objeto por parte del actor de que se aumente equitativamente la indemnización que la demandada debe pagar; y ésta para que se revoque la sentencia de primer grado y se declare, en su lugar, que no hubo responsabilidad de ella, absolviéndola de los cargos de la demanda.

Como consecuencia de la alzada el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá pronunció sentencia de segunda instancia fechada el 2 de julio de 1940, que viene a ser la providencia acusada en casación y en la cual se confirma en todas sus partes la de primera instancia.

Considera el Tribunal que la señora Madero de Ayala incurrió en culpa al atropellar con su vehículo al actor Jaime Correa, fuera de que en el caso de autos estima que la culpa debe presumirse, al tenor del artículo 2356 del C. C., por tratarse de una actividad peligrosa. Para

llegar a tal conclusión argumenta de esta manera:

“Llegar a una boca-calle en una carrera de gran tráfico ‘pasando por delante de un tranvía que le quitaba la vista a la conductora’ y en un momento en que se hallaba un tranvía a cada lado de la carrera, a una velocidad de treinta kilómetros por hora, no es la conducta de una persona avisada y diligente. Es sabido que frecuentemente transeúntes imprudentes atraviesan las calles en momentos inoportunos; es previsible que algún peatón pase por delante del tranvía, cómo entonces ir a una velocidad tal, que no pueda detenerse el automóvil sino varios metros después de pasar el tranvía, o sea, a una velocidad que no permite detener el carro sino cuando ya ha atravesado casi todo el ancho de la boca-calle, es decir, cuando ya ha tenido necesariamente que atropellar al peatón. Estos hechos se infieren de la inspección ocular y de las declaraciones traídas a los autos”.

“En efecto, de la primera de estas diligencias, hecha el 20 de noviembre de 1935, por la Inspección permanente de Circulación, se tiene: “Estas huellas terminaban once metros al norte, corriendo casi paralelas al enriado del tranvía. A los diez metros exactos contados de donde arrancan y en dirección sur a norte se veían huellas aún frescas de sangre, pudiéndose conjeturar que este fue el sitio donde el agente fue atropellado por el automóvil”. (C. 1, fl. 6 vto). Ello está indicando que la señora conductora no iba con la prudencia que reclamaban las circunstancias ya que sólo diez metros después de aplicar los frenos atropelló al policía y el automóvil no se detuvo sino un metro después del accidente, luego la misma fuerza de inercia que llevaba el automóvil está comprobando que por lo menos iba a una velocidad en todo caso mayor de treinta kilómetros”.

En cuanto a la conducta de la víctima del accidente, adopta el Tribunal la misma tesis del juez de instancia, de que el actor y damnificado se expuso al daño imprudentemente. Estima que por el he-

cho de pasar por delante de un tranvía, pudiendo venir un automóvil que no podía ver, puesto que la vista le era interceptada por el tranvía, incurrió en una imprudencia; además, al atravesar corriendo para tomar el tranvía que venía hacia Bogotá y que ya estaba en la esquina, demuestra falta de cuidado que lo hizo incurrir en una culpa, pero ésta no alcanza a libertar a la señora de Ayala de la culpa en que ella incurrió. De ahí que el Tribunal confirme la tesis sobre concurrencia de culpas y acoja la resolución del Juzgado, que reduce a la mitad el monto de la indemnización.

El recurso.

Ambas partes litigantes interponen recurso de casación contra la sentencia del Tribunal. Se pasa a estudiar por separado las dos demandas, a efecto de decidir sobre el fundamento de las acusaciones que contienen.

Recurso del actor.

Invoca la causal primera de las consagradas en el artículo 520 del C. J., lo que vale decir que acusa la sentencia por ser violatoria de ley sustantiva proveniente de falta de apreciación de pruebas del proceso. Solicita que se infirme dicho fallo "en cuanto sólo condena a la demandada al pago de la mitad del valor fijado como indemnización de perjuicios a favor del demandante; y la condene a una mayor indemnización que consulte con más acierto la realidad del proceso".

Funda esta tacha en que el Tribunal desestimó totalmente las declaraciones de Luis Potes y Rafael Forero, que en concepto del actor y recurrente deben estimarse con mérito probatorio suficiente para aumentar la responsabilidad de la demandada.

Al estudiar este único cargo la Corte considera:

El recurrente omite citar los textos legales sustantivos que, a su juicio, estima violados por el fallo acusado, requisito in-

dispensable dentro de la técnica de casación para poder apreciar el alcance, naturaleza y fundamento del cargo que se alegue.

Precisamente velar por el recto cumplimiento y aplicación de la ley positiva y deshacer el agravio que en su aplicación haya podido perpetrarse es el más importante fundamento de este recurso extraordinario y resulta imposible alcanzar tan importante finalidad si el recurrente se abstiene de señalar e indicar la norma o normas que estime violadas, en cualquier concepto, por el fallo acusado. Tampoco expresa el recurrente la naturaleza y calidad del error que imputa al Tribunal en la apreciación de los dos testimonios que cita en su demanda, para el efecto de saber si se está en presencia de un error de hecho manifiesto o de derecho en su estimación, a través del cual o cuales se haya producido la violación de la ley. (Artículo 131, C. J.).

Menos será posible, por esas omisiones, saber si se trata de violación directa, aplicación indebida o falta de aplicación de la norma pertinente al caso controvertido.

Pero es que, aun pasándose por alto tales deficiencias que comprometen el buen éxito del recurso, no ha incurrido el Tribunal en errores de apreciación en la estimación de los testimonios de Potes y Forero, porque aparece indudable y clara la manifiesta contradicción que existe entre el informe oficial y juramentado que como funcionarios del tráfico urbano rindieron momentos después del accidente, y las deposiciones que rinden en el plenario de la segunda instancia. En el primero, o sea en el parte oficial del suceso, citan los nombres de las personas que fueron testigos presenciales, "los cuales nos informaron que no había sido responsable la citada conductora"; más tarde, en sus declaraciones dentro del juicio, afirman bajo juramento que fueron testigos presenciales y contradicen el informe oficial rendido antes, en cuanto al hecho mismo y a sus circunstancias más destacadas y esenciales.

No puede ser más palmaria la contradicción e hizo bien el Tribunal al desestimar esos testimonios, fallando la controversia con vista y apreciación de los otros elementos probatorios del juicio.

Por los motivos expresados no se admite el cargo del actor.

Recurso de la demandada.

Aduce los siguientes motivos establecidos en el artículo 520 del C. J.: 1º ser la sentencia violatoria de ley sustantiva por aplicación indebida e interpretación errónea de textos legales y por apreciación errónea de pruebas del proceso que lo hicieron incurrir en error de derecho y error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos; 2º No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de la demanda.

Primer cargo: El Tribunal violó los artículos 2341, 2356 y 2357 del C. C., por aplicación indebida e interpretación errónea.

El Tribunal aplicó el principio general de responsabilidad civil reconocido por el artículo 2341, armonizándolo con el 2356, que establece una presunción de culpa contra el autor del daño, cuando se trata de actividades peligrosas, produciéndose el fenómeno de la inversión de la carga probatoria. Sigue el recurrente diciendo que ésta es la teoría del riesgo, ya acogida por la jurisprudencia de esta Corte y agrega que el Tribunal aplicó e interpretó equivocadamente el art. 2356 del C. C., por cuanto estando probados el caso fortuito y la intervención de elemento extraño, no exoneró totalmente de responsabilidad a la demandada. Considera que el Tribunal ha debido aplicar el art. 2356, pero en el sentido de declarar que la conductora era irresponsable, por haber acaecido el accidente en virtud de un caso fortuito.

Estudio del cargo.

Como quiera que el recurrente interpreta que esta Corte ha sentado y aceptado la teoría del riesgo creado, y el Tribunal en la sentencia que se revisa tam-

bién se inclina a esta interpretación, conviene por vía de doctrina rectificar lo que de equivocado pueda tener ese concepto, a efecto de sistematizar mejor el pensamiento de la Corte sobre esa importante materia. Al efecto, en su sentencia de casación de fecha 18 de noviembre de 1940 dijo lo siguiente:

“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 esa 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 2356”.

“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 atribuido 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 teo-

ría, 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 Lallou 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 art. 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”. (C. J. números 1964 y 1965, T. L., pág. 439).

Hecha esta necesaria aclaración entra la Corte en la materia que constituye el cargo y concluye que el Tribunal no aplicó indebidamente, ni interpretó equivocadamente el artículo 2356.

La demandada señora Ayala manejaba un automóvil, en una de las vías de mayor tráfico y movimiento de esta ciudad, y al transitar entre dos tranvías que cruzaban en direcciones opuestas debió adoptar todas las medidas de precaución necesarias para evitar el accidente. Es indudable que una persona avisada, diligente y prudente hubiera procedido en circunstancias distintas, al estar en el mismo lugar que la demandada.

También acoge la Corte el concepto del Tribunal de que no hubo caso fortuito capaz de exonerar totalmente de respon-

sabilidad civil a la opositora. Al efecto, según Planiol, dos condiciones se requieren para que exista el caso fortuito: 1º Que el acontecimiento provenga de una causa extraña que no puede ser imputable al agente; y 2º Que el acontecimiento resultante de la causa extraña sea irresistible. Esta misma configuración del caso fortuito ha sido consagrada por el artículo 1º de la ley 95 de 1890.

De manera que para que un individuo sea libertado de responsabilidad es necesario que el acaecimiento no pueda preverse y que sea irresistible. Tratándose del caso de culpa por accidente, se estará en presencia del caso fortuito cuando el insuceso se deba a un hecho irresistible que no ha podido preverse, o bien a un hecho imputable a la víctima exclusivamente. Y es indudable que después de haber analizado debidamente el haz probatorio del proceso, bien hizo el Tribunal en desechar esta hipótesis, ya que si en realidad el damnificado obró con imprudencia e imprevisión, también la señora actuó en forma que le acarrea culpabilidad civil por el accidente.

Corroborar la anterior conclusión lo expresado por esta Corte en el precitado fallo, cuando dijo:

“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". (G. J. números 1964 y 1965, T. L., pág. 440).

Resalta de lo expuesto, que no se violaron los textos legales citados; que hubo concurrencia de culpas, sin que a esta Sala le sea dable rectificar la apreciación que hizo el Tribunal en cuanto a la intensidad y cuantía de la reducción decretada, porque sobre este particular gozaba de libertad para enjuiciarla según los elementos probatorios y su conciencia de juzgador, no siendo dado a la Corte rectificar esa apreciación sino en caso de error de hecho manifiesto o de derecho en la estimación de las pruebas que sirven de fundamento a la decisión acusada en casación.

No es fundado el cargo que acaba de estudiarse. Se rechaza.

Segundo cargo.—Violación de los artículos 2356 y 2357 del C. C. Por apreciación errónea de las siguientes pruebas: a) De la confesión del damnificado; b) de la prueba testimonial; c) de la prueba pericial; y d) por falta de apreciación de la prueba de inspección ocular, habiendo incurrido el Tribunal en error de derecho y en error de hecho que aparece de modo manifiesto.

Confesión del damnificado.—Dice el recurrente que la inclinación natural en un herido es acusar al autor del daño y se requiere un absoluto convencimiento en el damnificado de que la única causa del accidente es su propia culpa para no acusar al conductor del vehículo, y todavía más, para reconocer su imprudencia. Violó a su juicio el Tribunal el artículo 606 del C. J. al apreciar erróneamente la confesión de Jaime, no dándole todo el mérito probatorio suficiente para declarar la irresponsabilidad de la demandada.

Prueba testimonial.—Sostiene el recurrente demandado que el Tribunal erró al apreciar los testimonios en lo relativo a la velocidad a que marchaba el vehículo,

violando los artículos 697, 701 y 702 del C. J. siendo así que la mayoría de los testigos (cinco de éstos), deponen que el vehículo manejado por la demandada señora de Ayala iba a velocidad moderada.

Dictamen pericial.—Pretende el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho al estimar la prueba pericial, porque los peritos debían avaluar los perjuicios causados "teniendo en cuenta los elementos de juicio que arroje el expediente" y éstos se apartaron del dictamen médico-legal para fundar su avalúo en el concepto personal formado por uno de ellos, quien como médico del hospital San José intervino en el tratamiento de Jaime. De tal suerte que el avalúo de los perjuicios se fundó en elementos distintos de los que arrojaba el expediente. Se violó el artículo 721 del C. J.

Inspección ocular.—El Tribunal dejó de apreciar esta diligencia, practicada por la Inspección permanente de Circulación, e incurrió en error de derecho al no darle el valor previsto en el artículo 730 del C. J.

ESTUDIO DEL CARGO

A.—El Tribunal sí estudió y tomó en consideración la declaración rendida por el damnificado Jaime, a raíz del accidente, y precisamente en esa declaración y en otros elementos probatorios se fundó para apreciar la conducta de la víctima y reducir la indemnización a la mitad de lo avaluado en juicio. En la sentencia acusada (f. 24 v.), se cita el testimonio de Jaime, donde éste dice "que él tal vez fue el que cometió la imprudencia de salir corriendo sin fijarse primero si venía algún vehículo"; y agrega con vista de tal elemento el Tribunal que "queda probado que se expuso imprudentemente al daño". De manera que es infundado el cargo de haberse apreciado erróneamente la confesión del propio actor, ni el supuesto error de conducta de la víctima destruye por sí solo la culpabilidad del agente transgresor.

B.—**Prueba testimonial.**—No comparte esta Sala el concepto del recurrente de

que el Tribunal erró al apreciar los testimonios que se refieren a la velocidad del vehículo cuando se produjo el accidente. En la sentencia se hace un estudio minucioso y pormenorizado de toda la prueba testifical, para concluirse que la mayoría de tales testigos presenciales aluden a la velocidad mayor de treinta kilómetros por hora, a que era conducido el automóvil. Y de ahí que al analizarse en la sentencia acusada precisamente los testimonios presentados por el apoderado de la señora de Ayala, — por ese motivo testigos de excepción, — (Cayetano Camargo, Antonio María Mora, Julio Daniel Prieto y Secundino Guevara), se dijera en dicho fallo lo siguiente:

“Estos testimonios fueron traídos por la parte demandada y ellos nos informan la violencia del choque, lo que está indicando la velocidad del carro. Así mismo, todos ellos nos dicen que la señora se colocó en situación tal que no hubiera podido hacer otra maniobra distinta a la de frenar. Con estas pruebas queda plenamente demostrado que la señora demandada llevaba una velocidad que le impedía detener el carro oportunamente para evitar cualquier accidente y que llevaba esta velocidad en el lugar más peligroso, cuando un tranvía le quitaba la vista y entre los dos tranvías se angostaba la vía”.

Basta lo dicho para desestimar el cargo que se hace a la apreciación de la prueba testifical.

C.—Dictamen pericial. — No aparece tampoco fundada esta tacha porque los peritos evaluadores se fundaron para presentar su dictamen, en los elementos agregados al proceso, en especial en los exámenes médico-legales, de los cuales el último declaró una incapacidad de 60 días para trabajar y en la pierna derecha “un defecto funcional y una deformidad física, lesiones permanentes e irreparables”. De manera que el dictamen médico-legal sí vino a servir de base de apreciación para el señalamiento de la indemnización. Fuera de eso los peritos tuvieron en cuenta las consecuencias que le pro-

dujeron aquellos traumatismos, tales como el continuo tratamiento a que debía someter la pierna lisiada, la incapacidad y la pérdida de la posibilidad del ascenso a que tenía derecho el agente damnificado, dentro del Cuerpo de Policía, expectativa que desapareció al ser dado de baja por haber quedado inhabilitado, después de 17 años de prestar ese servicio social.

En forma tal que si el dictamen está debidamente fundamentado, pues ha tomado en cuenta la mayoría de los elementos que integran el factor perjuicio; y si a la vez es uniforme y debidamente explicado, el juzgador hizo bien en no prescindir de él, sino antes bien, tomarlo como base legal suficiente para impartir su fallo sobre esa materia, máxime tratándose de un caso tan difícil para el arbitrio judicial como es el cálculo del perjuicio ocasionado por heridas y de una incapacidad parcial para trabajar como antes y en la misma profesión escogida por el damnificado.

No hubo error de derecho al estimarse el experticio, ni este fue caprichoso, infundado y extraño a los elementos recogidos en el proceso.

Se rechaza.

D.—Inspección ocular.—Es igualmente infundada esta tacha de que el Tribunal dejara de apreciar la diligencia de inspección ocular practicada por la Inspección de Circulación. Lejos de eso, la sentencia (f. 23), transcribe textualmente la parte esencial de esa diligencia, que dice entre otras cosas que “estas huellas terminaban once metros al norte, corriendo casi paralelas al anrielado del tranvía”. Fundándose en ella la sentencia dice “que ello está indicando que la señora conductora no iba con la prudencia que reclamaban las circunstancias, ya que diez metros después de aplicar los frenos, atropelló al policía y el automóvil no se detuvo sino un metro después”. Consecuencia ésta directamente deducida de la inspección ocular. Se rechaza.

— III —

Segunda causal. Incongruencia entre lo pedido y lo fallado.

Considera la Corte que no existe la pretendida incongruencia, porque lo pedido fue la declaración de que la señora de Ayala era responsable civilmente de las heridas causadas por el accidente; y lo fallado es exactamente eso mismo, dado que el Juez de primer grado la declaró responsable civilmente de las heridas que le causaron al demandado "una incapacidad para trabajar de sesenta días, una deformidad física y un defecto funcional levisimo, permanente e irreparable". Bien sabido es que sólo procede este segundo motivo de casación cuando se resuelve sobre puntos ajenos a la controversia o se deja de resolver sobre algunos de los que habían sido objeto del litigio, ya porque se condena a más de lo pedido o no se fallare sobre algunas de las cuestiones o excepciones perentorias alegadas, cuando era el caso de hacerlo.

Si se analizan tanto las súplicas presentadas en el libelo como las cuestiones

resueltas en el fallo acusado, puede concluirse que no existe tal discordancia ni se presentan ninguna de las circunstancias antes anotadas.

Es infundado el cargo. Se rechaza.

Fallo:

En mérito de lo expuesto, 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 pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día dos de julio de mil novecientos cuarenta que ha sido materia de este recurso.

No hay lugar a condenación en costas.

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

Isaias Cepeda — José Miguel Arango.
Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa
Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Secretario en ppadad.



ACCION DE SIMULACION

Para que la acción de simulación relativa prospere es necesario, o la confesión del demandado o siquiera un principio de prueba por escrito que indique la simulación y que puede complementarse con otras pruebas. Cuando la acción de simulación es intentada por terceros entonces sí la prueba indicial y toda otra clase de pruebas serviría para apoyar y hasta sacar adelante las pretensiones del actor, mas no cuando se trata de la acción de simulación intentada por uno de los contratantes, caso en el cual, como ya se dijo, 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. (Arts. 1759 y 1766 del C. C.).

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

De la escritura pública 355 de 26 de agosto de 1931, corrida ante el Notario del Centro, aparece que Bertina Parra Rondón, transfirió, a título de venta a los menores Luis Alberto y José Gustavo Pacheco Porras, representados por el padre de éstos Flaminio Pacheco Niño, dos predios rurales ubicados en las veredas del "Centro" y "Carbonera", jurisdicción del Municipio de Motavita, predios alinderados en tal escritura. Fue hecha la venta por la suma de mil pesos que la compradora confesó tener recibida a su entera satisfacción de manos de Pacheco Niño, padre de los compradores, advirtiendo que esa suma es de la exclusiva

propiedad de éstos. La vendedora se reservó de por vida el usufructo de las fincas.

Siete años más tarde la vendedora Bertina Parra entabló demanda ordinaria contra los menores Luis Alberto y Gustavo Pachecos y contra los padres de éstos Flaminio Pacheco Niño y Dolores Parra de Pacheco, para que se declarara inexistente el contrato contenido en la escritura 355 de 26 de agosto de 1931 y además nulo, de nulidad absoluta por carecer de los requisitos de consentimiento y precio. Subsidiariamente pidió que se declare resuelto por cuanto el demandado Flaminio Pacheco Niño no ha cumplido con las obligaciones de respetar el usufructo que fue establecido en el contrato. Finalmente solicitó la entrega de la finca y la condenación a los demandados para que le entreguen a la actora los arrendamientos de las fincas vendidas.

El 11 de abril de 1939 el Juez del conocimiento desató la litis absolviendo a los demandados de los cargos de la demanda. El Tribunal Superior de Tunja, en sentencia de 22 de abril del año próximo pasado llegó a la misma conclusión del inferior, declarando probada la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda respecto de Flaminio Pacheco Niño y Ana Dolores Parra de Pacheco y absolviendo a los menores Luis Alberto y Gustavo de los cargos de la demanda.

La demandante interpuso recurso de casación, el cual pasa a decidirse.

Aun cuando la petición primera de la demanda versa sobre inexistencia del contrato es lo cierto que fue interpretada por las partes y por el juzgador, como petición de simulación y así está enfocando el recurso a ese respecto. De modo que

es preciso contemplar el asunto en esa forma.

La sentencia del Tribunal se funda en lo siguiente: a) En que no habiendo sido partes en el contrato ni Flaminio Pacheco Niño ni Ana Dolores Parra de Pacheco, es preciso deducir respecto de ellos la excepción de ilegitimidad sustantiva de su personería; b) En que tratándose de la simulación impetrada por la misma parte contratante, la actora, es preciso siquiera un principio de prueba por escrito o la confesión de la parte demandada y que no existiendo en el caso de autos ni lo uno ni lo otro, no puede prosperar esa acción; y c) En que no habiéndose comprobado falta de consentimiento en la vendedora o de precio, la tercera petición no puede triunfar. Además la resolución del contrato por no haberse respetado el usufructo de la vendedora, no triunfa por no haberse demostrado los hechos que dan base a tal súplica.

En el orden anterior pasan a estudiarse los cargos apoyados en la causal primera del artículo 520 del C. Judicial.

El recurrente estima que no debió deducirse la excepción de ineptitud sustantiva de la personería respecto de Flaminio Pacheco Niño y Ana Dolores Parra de Pacheco y que al deducirla el Tribunal infringió los artículos 291, 302 y 307 del C. Civil y 53 y 85 de la Ley 153 de 1887.

La Corte observó: Una de las normas citadas, respalda el fallo y las demás son impertinentes, no tienen operancia en el pleito y no han podido por lo tanto ser violadas.

En efecto: Flaminio Pacheco Niño, en ejercicio de la patria potestad de sus hijos menores Luis Alberto y José Gustavo, y como representante de éstos, compareció en el otorgamiento de la escritura 355 de 26 de agosto de 1931 contentiva del contrato acusado. La madre de esos menores no ejercía en ese entonces la patria potestad porque la tenía el padre; dicha señora no fue parte en el contrato, luego mal puede ser demandada en este pleito. El padre de los menores compradores, como representante de éstos,

firmó la escritura y así tenía que hacerlo de acuerdo con el artículo 53 de la Ley 153 de 1887. Como dicho señor no contrató para sí, ni en nombre propio sino en el de sus hijos, tampoco puede ser demandado personalmente, como si hubiera sido contratante sino únicamente como representante de los menores mencionados. Luego el Tribunal no infringió ninguna disposición legal al llegar a esta conclusión, y reducir por este aspecto ilegitimidad sustantiva en el padre de los menores.

Los menores prenombrados no celebraron directamente el contrato con Bertina Parra sino que fue el padre de éstos en su representación. Dichos menores quedaron ligados jurídicamente con Bertina en virtud de ese pacto pero de aquí no puede deducirse que Flaminio Pacheco Niño quedara obligado directa ni subsidiariamente con la vendedora Bertina. No se ve entonces violación del artículo 302 del C. Civil como tampoco del 291 de la misma obra porque en este caso no se discute el derecho del padre de familia sobre el usufructo de los bienes del hijo. El art. 307 de dicho Código no ha sido infringido por el fallo sino acatado por cuanto en este pleito al dirigirse la acción contra Flaminio Pacheco Niño como representante de los menores, se cumplió con esa norma y entonces el Tribunal tuvo oportunidad para estudiar el fondo del asunto, toda vez que encontró que la personería por ese concepto no puede objetarse.

Se rechaza, por lo tanto, el cargo.

En los capítulos siguientes, no causas, como las llama el demandante, acusa éste la sentencia por violación de los artículos 669 y 605 del C. Judicial. Al respecto la Corte observa lo siguiente: Si la acusación se refiere a que el fallador no decretó la simulación del contrato, el cargo no puede prosperar por lo siguiente: La acción de simulación relativa fue entablada por Bárbara Parra, contratante, luego según textos expresos de la ley sustantiva y según jurisprudencia de la Corte, para que en esos casos dicha acción

prosperare, es necesario o la confesión del demandado o siquiera un principio de prueba por escrito que indique la simulación y que puede complementarse con otras pruebas. Como, se repite, se trata de simulación relativa y así está enfocado el recurso, es pertinente la siguiente transcripción: En sentencia de 27 de febrero último, entre otras y al tratarse de un caso semejante al presente, dijo así la Corte: "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 concluir que los hechos aducidos, no son por sí eficaces en este caso para que la acción intentada pueda 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 adelante, 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".

Si se considera la cuestión desde el punto de vista de la nulidad del contrato, por falta de consentimiento de la vendedora y por falta de precio, tampoco puede prosperar la acusación. En efecto: El Tribunal se expresa así: "Pero en realidad nada se ha demostrado con respecto al consentimiento. Las pruebas aducidas por la demandante y a que atrás se hizo referencia, no hacen alusión para nada a ningún vicio de que adoleciera el consentimiento de la señorita Berta Parra". Esta conclusión del fallador de Tunja no está infirmada en los autos puesto que no existe ninguna prueba de donde ni siquiera como indicio débil pudiera desprenderse la falta de consentimiento en la vendedora al firmar el contrato de que da cuenta la escritura 355 citada. Si

ese consentimiento no hubiera existido por no tener mente sana la vendedora en el momento del contrato o en el tiempo anterior o posterior cercano a la celebración de él, requeriría tal cosa la intervención de peritos, un experticio que ni siquiera pensó la parte demandante en aducir, según se ve de autos. Si esa ausencia de consentimiento, o vicio de consentimiento fue por error, fuerza o dolo, tampoco está demostrado tal extremo.

Ahora si se considera el asunto por falta de precio, como lo dice el Tribunal, de las pruebas aducidas no resulta esa demostración. La convicción del Tribunal al respecto se formó por el estudio probatorio del extremo que se analiza y no encuentra la Corte error manifiesto de hecho en esa apreciación, que hubiera llevado al fallador al quebrantamiento de una norma sustantiva. La contestación a una de las posiciones de la demandada Parra de Pacheco, no perjudica ni puede perjudicar a los demandados Alberto y José Gustavo Pacheco Porras, porque ya se vio que aquélla no es parte en el juicio. Si se pudiera tomar como declaración, tampoco encuentra la Corte error de hecho manifiesto en que hubiera incurrido el Tribunal, al no aceptarla como plena prueba y con el cual hubiera violado una disposición sustantiva.

El recurrente estima como violados los artículos 66 de la Ley 63 de 1936, 6º, 1740, 1741, 1502 y 1523 del C. Civil y 1º y 2º de la Ley 50 de 1936.

El recurrente basa esta acusación en el concepto de que el contrato a que se refiere la escritura 355 es simulado y que encubre una donación, respecto de la cual no se cumplieron las formalidades legales y se defraudó al Fisco con el no pago del impuesto correspondiente.

La Corte observa: No estando demostrada la simulación del contrato, por lo que ya se expresó, resulta que el pacto de que da cuenta la escritura 355 debe considerarse como exacto, real y verídico y que no encubre por lo tanto ningún secreto. Para que la acción, por el capítulo que se considera pudiera entrarse a es-

tudiar a fondo habría sido indispensable como cuestión previa y fundamental concluir que el contrato ya mencionado es simulado, conclusión a la que no puede llegarse.

El cargo por lo tanto no puede triunfar.

Por último acusa el recurrente la sentencia por violación de los artículos 1546, 1849, 1540, 962, 1613 a 1615 del C. Civil por no haber el fallador decretado la resolución del contrato.

A este respecto dijo el Tribunal: "Pide el demandante que se declare resuelto el contrato recogido en la escritura pública a que se ha aludido por cuanto el demandado Flaminio Pacheco no ha respetado el derecho de usufructo que Bertina Parra se reservó en la cláusula quinta de aquella convención. Tampoco se adujo ninguna prueba de que Pacheco Niño hubiese arrebatado a la demandante el usufructo de las fincas. Las pruebas allega-

das por la parte actora guardan silencio sobre ese particular".

Esta conclusión del Tribunal debe quedar en pie, toda vez que no hay prueba alguna en los autos que la contradiga y entonces es imposible la violación de los textos citados.

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

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

Isaías Cepeda — José Miguel Arango.
Liberio Escallón — Ricardo Hinestrosa
Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Secretario en pppdad.



ACCION DE CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO. — EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS. — ENTREGA MATERIAL DE LOS BIENES VENDIDOS.

1.—Uniforme y reiteradamente ha sostenido nuestra jurisprudencia que es necesaria la entrega material para dar por cumplida la principal obligación de un vendedor. El artículo 1882 del C. C. así lo persuade. Y ello es de elemental equidad: el comprador no puede hallar como mira y equivalente del precio el mero otorgamiento y registro de una escritura, sino que busca la cosa misma comprada y su goce; de lo contrario, el vendedor que a escriturar se limitase se enriquecería sin causa al recibir sólo por eso el precio; el comprador al pagarlo sobre esa sola base se empobrecería también sin causa, y se rompería o faltaría el equilibrio contractual. — 2.—De que las declaraciones hechas en un instrumento público tengan fuerza de plena prueba contra sus otorgantes no se deduce que a éstos les esté vedado infirmarlas con otros medios probatorios, máxime en pleito entre las mismas partes contratantes, en el que no ocurre considerar la situación de los terceros; ni mucho menos puede impedir que una de esas partes se beneficie de la prueba consistente en la confesión de la otra.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Martín Afanador G. demandó en vía ordinaria a Isaías y Macedonio Rodríguez para que se les condene a pagarle el principal y los intereses del precio en que les vendió lo determinado en la escritura citada como título.

Surtida la primera instancia en el Juzgado 3º Civil de este Circuito, se cerró allí con fallo de 28 de septiembre de 1938 que declaró probada la excepción perentoria de petición antes de tiempo o de un modo indebido y negó por ello las peticiones de la demanda, con costas a cargo del demandante.

Este y su cesionario David Afanador apelaron, y el Tribunal Superior sustanciada la segunda instancia, la decidió declarando probada la excepción de contrato no cumplido, reformando en esto la sentencia apelada, y absolvió a los demandados con costas a cargo del actor, en fallo de 21 de septiembre de 1940 contra el cual interpusieron casación ambos Afanadores prenombrados y la señora Waldina Duarte de Afanador, cesionaria. Concedido el recurso, repartido el asunto en la Corte el 25 de enero del presente año y tramitado aquél debidamente, se procede a decidirlo.

La aludida compraventa se solemnizó por escritura número 178 ante el Notario de Sesquilé el 18 de septiembre de 1917; según ella, Afanador vendió a los Rodríguez los dos lotes de terreno allí deslindados, con sus edificaciones y demás mejoras, ubicados en el punto de Buenos Aires del Municipio de Suesca, por el precio total de \$ 360 que solidariamente se obligaron los compradores a pagarle en Bogotá con un año de plazo por el cual cubrirían como interés \$ 20, y con el interés moratorio, en su caso, el uno y medio por ciento mensual, todo en oro inglés amonedado o su equivalente en moneda colombiana.

Afirmando la falta completa de los compradores a esas obligaciones, formuló

el vendedor su demanda, la que se reparó el 14 de abril de 1937 y que los demandados contestaron oponiéndose y proponiendo como perentorias las excepciones que resulten de estos hechos: no haber estado nunca el vendedor en posesión real y material de los referidos lotes, no habérselos entregado a los compradores, carecer él, por lo mismo, de derecho para demandar de ellos el cumplimiento de un contrato no perfeccionado, y además, que cuando el actor hizo rematar y permutar los lotes, éstos estaban en pleito cuyo resultado final le fue adverso, por todo lo cual su demanda actual es temeraria.

El Juzgado encontró comprobada la falta de la entrega y dedujo de ahí la excepción que acogió como fundamento de la negativa a las peticiones de la demanda; y el Tribunal no halló en aquello tal excepción, sino la del artículo 1609 del C. C. y fue por esta senda por donde llegó al fallo adverso al demandante contra el cual esta parte interpuso y sostiene el recurso que se está decidiendo.

Cuanto a los hechos y su apreciación, el Tribunal acogió la opinión del Juzgado y transcribió los párrafos pertinentes, que se resumen así, siguiendo el mismo orden en que allí se exponen: a) uno de los lotes, el que Afanador hubo por remate, no obtuvo que se le entregara sino el 15 de julio de 1918, por lo cual es inaceptable la declaración escrituraria de 18 de septiembre de 1917 sobre habérselos él entregado a sus actuales demandados al vendérselos; b) en carta de 10 de marzo de 1937, esto es, casi veinte años después de otorgada la escritura, Afanador se manifiesta dueño aún de ese lote, en la creencia al escribirla, según explicación ulterior de él, de que no se había registrado la escritura; c) trascurrió ese lapso sin entablar acción por el precio, sin exigir siquiera los intereses del año del plazo y sin hacer sacar copia de ese instrumento; d) los Rodríguez no han poseído nunca ese lote y así lo afirman numerosos testigos, inclusive la persona que como Juez Municipal lo entregó a Afanador casi un año

después de la venta a los Rodríguez, y los testigos indican qué personas han sido en todo aquel lapso los poseedores; e) el otro lote no ha sido ocupado por nadie en los últimos veinte años y aun desde antes, según declaraciones de numerosos testigos presenciales. De ahí concluye el Juez en párrafos que el Tribunal transcribe también, como ya se dijo, que los contratantes entendieron deshacer el contrato y que por eso fue por lo que Afanador nada reclamó por principal ni intereses del precio, ni entregó los lotes, como pudo entregarlos, el uno desde luego sin estorbo al efecto por estar desocupado y el otro, si no al otorgarse la escritura, porque para entonces no lo había recibido, sí al año siguiente cuando se le entregó como rematador.

Los tres recurrentes fundaron en oportunidad el recurso, invocando el motivo 1º de los del artículo 520 del C. J. y señalando como violadas por la sentencia recurrida las disposiciones sustantivas de los artículos 740, 756, 789, 1494, 1502, 1517, 1602, 1608, 1618 a 1821, 1880, 1882, 1884, 1890, 1928, 1929, 2439, 2443, 2637 y 2683 del C. C., así como los artículos 1759, 1763 y 1769 del mismo.

Como bien se ve, en esta larguísima lista de disposiciones legales puede por fortuna hacerse cierta agrupación que, abarcando las de un mismo tema, permite su estudio simplificado. En efecto, estas últimas disposiciones miran a la fuerza probatoria del instrumento público contra sus otorgantes, así como de lo escrito o firmado en asientos, registros y papeles domésticos y a la confesión. El concepto de estar quebrantadas lo derivan los recurrentes de que los Rodríguez confiesan haber celebrado la compraventa antedicha y de que la escritura contiene declaración de entrega material aceptada por ellos.

Los artículos 740 y demás relativos a la tradición y a que se efectúa por el registro, los creen violados porque el Tribunal eche menos la entrega material a pesar de haberse registrado la escritura.

Los relativos a esa compraventa como contrato, a que éste es fuente de obligaciones, a que no puede infirmarse sino por voluntad de las partes por estar legalmente celebrado, a que es ley para ellas y debe interpretarse de buena fe, se reputan quebrantadas por cuanto se deja de condenar a los compradores al cumplimiento de la obligación surgida de aquella compraventa a su cargo y a favor del vendedor. Otro tanto respecto de los artículos de aquella larga lista relativos a la compraventa y a la hipoteca, citados estos últimos en razón de haber hipotecado en la citada escritura los compradores lo mismo que allí se les decía vender, en seguridad del pago sobre el cual versa este pleito.

Se considera:

El Tribunal no ha negado la celebración del contrato, ni ha dicho que el comprador no esté obligado a pagar el precio, ni que el registro carezca del alcance legal que le dan las disposiciones citadas en relación con la tradición o las que de aquella lista se refieren al registro mismo directamente. El Tribunal tan sólo reconoce la excepción *non adimpleti contractus* establecida en el artículo 1609 del C. C., reconociendo que los Rodríguez no están en mora dejando de pagar el precio, porque el vendedor no ha cumplido por su parte, siendo así que no les ha entregado lo vendido. Así de sencillo y de decisivo es el fundamento de su fallo.

Los recurrentes sostienen que el registro de la escritura de compraventa, dado su alcance ante el concepto de tradición, satisface la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida, y agregan que, aunque así no fuese y la entrega material también se necesitara, ésta se declaró en la escritura por el vendedor como hecha a los compradores y ellos expresamente tal aceptaron en ese mismo instrumento. Estas son las razones cardinales de su recurso, a más de las aludidas y de las que en seguida se estudiarán sobre pruebas.

Esas razones son inaceptables. Nuestra jurisprudencia uniforme y reiteradamente ha sostenido que es necesaria la entrega material para dar por cumplida la principal obligación de un vendedor. El artículo 1882 del C. C. así lo persuade. Y ello es de elemental equidad: el comprador no puede hallar como mira y equivalente del precio el mero otorgamiento y registro de una escritura, sino que busca la cosa misma comprada y su goce; de lo contrario, el vendedor que a escriturar se limitase, se enriquecería sin causa al recibir sólo por eso el precio, el comprador al pagarlo sobre esa sola base se empobrecería también sin causa, y se rompería o faltaría el equilibrio contractual.

Aquí, si los Rodríguez compradores no recibieron al otorgárseles dicha escritura ni han recibido aún lo que ella dijo venderles, lo cual ha debido entregárseles entonces mismo por el vendedor, no pueden reputarse en mora de pagarle el precio. Y esto es, repítese, lo que reconoce el fallo recurrido y en definitiva lo que lo determina y constituye.

No son, pues, admisibles los cargos.

Los recurrentes acusan de violación de aquellas disposiciones también por obra o como resultado de errónea apreciación de las pruebas, refiriéndose en el capítulo que a este efecto forman en su alegato, en especial a los citados artículos 1759, 1763 y 1769, al que agregan el 1766, todos del C. Civil, así: se desoye lo que sobre entrega material declaró el vendedor y aceptaron los compradores en el instrumento de compraventa que sobre uno y otros cae con la fuerza de plena prueba que el 1759 asigna a los instrumentos públicos; la carta atrás aludida se toma en su integridad contra el demandante, sin escuchar lo que lo favorece en ella, desoyendo así el artículo 1763 y se la reputa indebidamente como confesión suya destructiva de aquellas declaraciones de la escritura; y, no habiendo contraescritura con todos los requisitos adicionales exigidos por el artículo 1766, se viola esta disposición procediendo cual

si los contratantes hubiesen invalidado su compraventa.

Tampoco son admisibles estos cargos.

De que las declaraciones hechas en un instrumento público tengan fuerza de plena prueba contra sus otorgantes, no se deduce que a éstos les esté vedado infirmarlas con otros medios probatorios, máxime en pleito entre las partes contratantes, en el que no ocurre considerar la situación de los terceros; ni mucho menos puede impedir que una de esas partes se beneficie de la prueba consistente en la confesión de la otra.

En esa carta, dirigida el 10 de marzo de 1937 por Martín Afanador a Macedonio Rodríguez, no sólo califica aquél de suyos los lotes de que aquí se trata, sino que terminantemente afirma que el destinatario y Benilda Romero los ocupan, a pesar de un contrato entre el mismo Afanador y Maximino Cortés celebrado el 15 de julio de 1918; le hace presente que el destinatario y la Romero han obtenido rendimientos y utilidades con las sementeras de trigo y papa que han cosechado, y le exige el pago del valor de los arrendamientos de los lotes y le añade que puede también entenderse con el mismo Afanador para hacerle escritura de venta si Rodríguez prefiere arreglar de este modo.

La salvedad de Afanador sobre esta carta consiste en que por informe de sus mismos actuales demandados creía al escribirla que la escritura no se había registrado aún. Como bien se ve, aunque esto se le acepte, no por eso deja de contener esa carta, la que fue reconocida judicialmente por él, la confesión incuestionable de que otros que los Rodríguez demandados han estado ocupando los lotes.

No sobra advertir que respecto de esta ocupación de los lotes o, por mejor decir, del rematado en 1918, por personas distintas de los demandados, así como sobre desocupación del otro lote, esto es, sobre no ocupación de él por éstos, en todo el

lapso trascurrido desde la escritura de 1917 y aún antes, obran en el proceso múltiples declaraciones de testigos que el Tribunal tuvo en cuenta, sin que la demanda de casación acuse por error en la apreciación de esta prueba.

El cargo relativo al artículo 1766 carece de razón y aun de conducencia, porque el fallo no se funda en que las partes invalidaran su contrato llenando las formalidades necesarias al efecto. Es verdad que ensaya una explicación conjetural de la abstención de Afanador tanto de entregar los lotes como de exigir el pago, por casi cuatro lustros, explicación según la cual, ello sucedió porque las partes, al menos de hecho, convinieron en dar por no celebrada la compraventa. Pero puede compartirse o no esta opinión y aun prescindirse de ella sin que por eso se afecte el fallo, puesto que sigue en pie su soporte cardinal y suficiente, cual es la dicha falta de entrega y el alcance de esta decisiva circunstancia ante el citado artículo 1609 del C. C.

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

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

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango.
Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa
Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca — Pedro León Rincón,
Srio. en ppd.

OPOSICION A LA POSESION DE UNA MINA—INTERPRETACION DEL ARTICULO
26 DEL CODIGO DE MINAS

1. De acuerdo con la definición que a las palabras *fracción*, *localidad* y *paraje* da el Diccionario de la Lengua, puede decirse que *fracción* es una de las partes en que se divide el territorio municipal, y que *paraje* y *localidad* significan más o menos lo mismo, es decir, sitio o lugar fijo o determinado. — 2. De lo dispuesto en los artículos 8, 33 y 55 del C. de M. se deduce que el denunciante de una mina debe precisar o determinar el punto en que esté situada. Y del 26 del mismo Código se infiere que el derecho a hacer alteraciones en los linderos de una mina tiene dos limitaciones: que no haya minas inmediatas, tituladas o denunciadas, y que las alteraciones no vayan hasta situar la mina en un paraje o localidad totalmente distintos de los indicados en el denuncia.

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

(Magistrado ponente: doctor Isaías Cepeda).

El señor Alfonso Rojas avisó, el 14 de febrero de 1936, ante el Alcalde del municipio de Santa Isabel (Tolima), una mina de oro, de filón, de antiguo descubrimiento y abandonada, denominada La Sirena, y el 20 de abril del mismo año presentó el denuncia correspondiente ante la Gobernación del Departamento, donde se admitió y se ordenó darle el curso legal.

El 27 de junio de 1936 el señor Gustavo

Camacho V. avisó ante el mismo Alcalde de Santa Isabel una mina de filón, de oro y otros metales, de antiguo descubrimiento y abandonada, denominada Purgatorio Número 1, y en el mes de julio del propio año la denunció en forma legal ante la Gobernación del Departamento del Tolima.

El 14 de julio de 1937, en el acto de darle posesión de la indicada mina al señor Camacho V., se presentó el señor Alfonso Rojas y manifestó que se oponía a esa posesión, porque con ella se le privaba, sino del todo, sí de la mayor parte del perímetro de la mina La Sirena.

En vista de tal oposición se suspendió la diligencia de entrega de la mina Purgatorio Número 1 al señor Camacho V., y el alcalde de Santa Isabel remitió las diligencias respectivas al Juzgado del Circuito de El Líbano, ante quien Rojas formalizó su oposición por memorial presentado el 17 de julio de 1937.

El Juez, por auto del 12 de agosto siguiente aceptó la oposición, resolvió que el señor Gustavo Camacho V. tendría el carácter de demandante y al efecto ordenó correrle traslado del memorial de oposición.

El 17 de septiembre de 1937 presentó el señor Camacho V., por medio de apoderado, la demanda ordinaria correspondiente, en la cual pidió que se hicieran estas declaraciones:

“1ª Que Alfonso Rojas Medina, en su calidad de restaurador de la mina denominada La Sirena, no podía oponerse a la entrega de la mina restaurada denominada El Purgatorio Número 1, al señor Gustavo Camacho V., por cuanto al restaurador de una mina se le entrega el pe-

rímetro de la antigua mina y no otro distinto perteneciente a mina diferente.

"2ª Que consecuencialmente al señor Gustavo Camacho V. se le debe entregar El Purgatorio Número 1, en su calidad de restaurador.

"3ª Que se condene a Rojas a pagar las costas, si se opondrá temerariamente.

"Subsidiariamente solicito que se declare:

"A) Que estando tachada de nulidad y recurrida la entrega de la mina La Sirena, por el mismo señor Camacho V., no podía con esa mina (La Sirena), oponerse Alfonso Rojas Medina a la entrega de Purgatorio Número 1.

"B) Que el lugar o punto de partida señalado para la medida de la mina La Sirena, excluye esta mina de toda oposición a la entrega de Purgatorio Número 1, por cuanto entre el punto de partida de la primera al punto de partida de la segunda, existen dos minas tituladas que impiden la mensura de La Sirena hacia los minerales denominados Purgatorio Número 1.

"C) Que Alfonso Rojas Medina no es restaurador de los minerales denominados El Purgatorio Número 1, sino de los minerales denominados La Sirena, ambas minas de antiguo descubrimiento, y por consiguiente su oposición sólo podía versar sobre el hecho de que la antigua mina El Purgatorio Número 1 invadiera la alinderación de la mina antigua La Sirena.

"D) Que la alinderación general dada en la denuncia de la mina denominada La Sirena no comprende en todo ni en parte la alinderación general dada en la denuncia de la mina denominada El Purgatorio Número 1, y por consiguiente el restaurador de La Sirena no podía oponerse a la entrega de la mina restaurada El Purgatorio Número 1, porque ambas minas tienen predios o perímetros separados y distintos que deben respetarse mutuamente".

Surtida la tramitación de la primera instancia el Juez del conocimiento dictó la

sentencia de fecha siete de octubre de mil novecientos treinta y ocho, en la cual declaró:

"1º Es infundada e inadmisibles la oposición formulada por Alfonso Rojas Medina a la entrega de la mina Purgatorio Número 1, situada en el paraje de San Carlos, jurisdicción del municipio de Santa Isabel (T.), posesión que iba a darse a Gustavo Camacho V.

"2º En consecuencia, entréguese a Gustavo Camacho V. la referida mina Purgatorio Número 1, por el funcionario comisionado para dar la posesión.

"3º Oportunamente remítase el expediente original al señor Alcalde de Santa Isabel, para que proceda de conformidad.

"4º No se estima del caso hacer condenación en costas".

Apelado este fallo por el demandado, subió el asunto al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, donde fue confirmado por sentencia dictada el diez de febrero de mil novecientos cuarenta.

Las dos sentencias se basan más o menos en la misma razón fundamental, consistente en que "la mina La Sirena fue medida y entregada fuera de los linderos generales del aviso y denuncia, y, por ende, el derecho a alterar la base de aquella se ejerció no dentro de los mismos linderos sino fuera de éstos, esto es, que la mina se midió y entregó en paraje o localidad distinta de la indicada en el aviso y denuncia".

La sentencia del Tribunal agrega:

"No es posible considerar, como lo pretende para este caso especial el señor apoderado de Rojas Medina, que por LOCALIDAD deba entenderse LA FRACCION en el sentido de ser ésta una de las partes en que se divide el territorio de un municipio, y que, por tanto, EL AVISO DE MINA solamente indique dicha fracción o localidad. No: Para el Tribunal, como para el señor Juez del conocimiento, por LOCALIDAD ha de entenderse no la FRACCION o parte del territorio municipal, sino la parte del terreno determinada por el AVISANTE de la mina, en los

términos del artículo 2º del Decreto Ejecutivo número 761 de 1887, que dice: 'Para los efectos del Art. 8º del C. de Minas, todo el que pretenda dar aviso de haber descubierto una mina, tiene el deber de manifestar que no solamente la ha descubierto en efecto, sino que también ha señalado el punto en que existen **POR MEDIO DE UNA SEÑAL PERMANENTE** colocada sobre la mina **PARA FIJAR LA LOCALIDAD DONDE LA MINA ESTA, DEBE HACER UNA DEMARCACION** en que refiriéndose a dicha señal permanente, determine otros puntos del terreno que no disten **MAS DE TRES KILOMETROS DE LA SEÑAL.....**' Para el Tribunal, pues, cuando el artículo 8º del C. de M. dice que se ha de indicar en el aviso **LA FRACCION O LOCALIDAD Y EL PUNTO PRECISO DONDE ELLA ESTA SITUADA**, los términos fracción y localidad tienen entonces una misma significación que no es otra que la fijada por el artículo 2º del Decreto antes copiado.

'Igualmente, si en el escrito de denuncia se deben fijar, según el artículo 24 del C. de M., con entera claridad dos puntos que determinen la línea que ha de servir de base a la medida de la pertenencia o pertenencias que se deben entregar, y otro punto generalmente conocido, que indique hacia qué lado de la línea debe continuarse la medida.....', y si en el mismo escrito deberá expresarse claramente el distrito, fracción, localidad y puntos precisos donde esté situada la mina, y **TRES O CUATRO DE LOS PUNTOS** más conocidos generalmente **QUE RODEEN AL QUE SE FIJA, Y HAGAN IMPOSIBLE SU CAMBIO POR OTRO**', según el artículo 33, numeral 1º, obra ibídem, para el Tribunal, como para el señor Juez del conocimiento, **LA LOCALIDAD** queda en el denuncia en tal forma dado, demarcada de manera **DEFINITIVA**; y si como aparece comprobado en el caso de autos que la mina La Sirena se determinó en el **DENUNCIO** por los mismos puntos o linderos del **AVISO**, entonces es proce-

dente la conclusión del Juez a quo sobre que desde este aviso se señaló **LA LOCALIDAD** donde se sitúa la mina.

"De entender el recurrente por fracción o localidad una de las varias partes en que está dividido el territorio municipal, y no la porción de terreno donde se sitúa la zona minera, según el artículo 2º del Decreto Ejecutivo número 761 de 1887, lo lleva a sostenerle al Tribunal que el denunciante puede hacer todas las alteraciones que quiera, al tenor del artículo 26 del C. de M., fuera de la determinación dada en el aviso y denuncia, siempre que no se salga de los límites de la fracción, pues que esta fracción es lo único que el denunciante no puede alterar. Con semejante teoría no sabrían los terceros a qué atenerse, ni se justificaría que el Código en su artículo 24 exigiera claridad y precisión en la indicación y señalamiento de los linderos, precisamente con el fin de evitar graves inconvenientes y usurpaciones del dominio ajeno, ni tampoco habría razón para que en la medida de la pertenencia o pertenencias que se fueran a entregar se tomaran como **PUNTO DE PARTIDA** las indicaciones hechas en el escrito de denuncia, de conformidad con el artículo 24 citado. Aquí cabe la observación del Juzgado del conocimiento de que las **ALTERACIONES** permitidas por el artículo 26 son en **RELACION CON LA BASE DE LA MEDIDA**, y no como lo pretende el recurrente, **DENTRO DE LA FRACCION O LOCALIDAD**, en el sentido en que él toma estas palabras. En tal virtud, si según las disposiciones comentadas lo que se puede variar es la base de la mina y eso dentro de la demarcación general dada en el aviso y denuncia, o sea, dentro de la fracción o localidad, en el sentido que tanto el Juzgado como este Tribunal dan a tales términos, una mina que se mida y se entregue fuera de aquella demarcación general, necesariamente contravendrá la prohibición terminante del inciso 2º del artículo 26, que estatuye: 'Con todo, la medida de la mina no podrá hacerse en un paraje, localidad

o fracción diversas DE LAS QUE SE INDICAN EN EL ESCRITO DE DENUNCIACIÓN”.

El recurso

Contra la indicada sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación la parte demandada, la cual, por medio de apoderado, manifiesta que con apoyo en el ordinal 1º del artículo 520 del C. J. la acusa “por violación de ley sustantiva, ya directamente, ya a consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas”, y que, de acuerdo con el ordinal 2º del mismo artículo, la acusa “por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes”.

Sostiene en síntesis el recurrente, en relación con el primer cargo, que “de todas las pruebas del expediente surge una realidad: si la posesión de La Sirena se ha de tomar de acuerdo con la alinderación dada en el aviso, indudablemente que Purgatorio Número 1 no la invadirá; pero si el señor Rojas Medina usa del derecho de hacer las alteraciones que le permite hacer el artículo 26 del Código, Purgatorio Número 1 invadirá casi en su totalidad a La Sirena”.

Dice que todo el problema se concreta a estudiar si en realidad la forma como Rojas pretende tomar posesión de La Sirena la sitúa en paraje o localidad distinta de la indicada en el aviso y en el denuncia de la mina, y sostiene que el paraje es el mismo.

Agrega que existe el siguiente dilema: si Rojas puede ejercitar el derecho de hacer alteraciones que a todo avisante concede el artículo 26 del C. de M., al tomar posesión de Sirena podrá señalar un mineral distinto al que se halla precisamente dentro de los linderos del aviso, pues los puntos que se indican en los avisos y denuncias sólo son de referencia; si se le ha de desconocer este derecho, como lo hizo

el Tribunal, tendrá que someterse al mineral que se encuentre exclusivamente dentro de esa alinderación. Estima que de la solución que se dé al grave problema que se contempla debe surgir una doctrina que ponga en claro el verdadero espíritu del referido artículo 26, doctrina que habrá de tener honda repercusión en la industria minera, porque hasta ahora siempre se ha reconocido el derecho a hacer variaciones y alteraciones como las pretendidas por Rojas.

Al rededor de estos puntos argumenta extensamente el recurrente y dice que la sentencia viola los artículos 6, 8, 26, 32, 117, 118 y 127 del Código de Minas; 28 de la Ley 153 de 1887 y 26 de la Constitución Nacional, que garantiza los derechos adquiridos con justo título.

Alega también el recurrente que el Tribunal incurrió en evidente error de hecho porque estimó como probado, sin estarlo, que los linderos indicados en el aviso y denuncia de Sirena, dados por Rojas Medina, “eran idénticos a los de la mina abandonada —sin titular— a que se refirió en aquellas piezas y que esta mina se había entregado a sus antiguos descubridores”, y considera que a consecuencia de ese error de hecho violó los artículos 26 y 348 del Código de Minas y 34 del Decreto Ejecutivo número 761 de 1887.

Acerca del segundo cargo, consistente en que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, dice el recurrente que se declaró infundada e inadmisibles la oposición de Rojas Medina por considerar que la posesión de la mina se le dio en lugar distinto al fijado por los linderos generales del aviso y del denuncia, y agrega:

“El motivo del fallo podría encajar, si se quiere, en la letra b) de las peticiones subsidiarias, pero el hecho de que la mina se haya dado en posesión a Rojas en lugar distinto al fijado en los linderos del aviso, no puede servir de base para defi-

nir una tesis tan distinta y hacer o no hacer una declaratoria de tan alto fondo o importancia en esta litis, como es la trascrita como petición principal: que Rojas, como restaurador, no puede sino recibir la mina restaurada y nada más que esto”.

Estudio de los cargos.

A) Como afirma la sentencia recurrida, están plenamente demostrados en autos, entre otros rechos, los siguientes:

Que Alfonso Rojas Medina es restaurador de la mina de antiguo descubrimiento denominada La Sirena, la cual fue avisada y denunciada antes de que se avisara y denunciara la mina Purgatorio número 1; que el denuncia de La Sirena se hizo por los mismos linderos generales que se indicaron en el aviso; que Gustavo Camacho V. es restaurador de la mina de antiguo descubrimiento denominada Purgatorio número 1, la cual se avisó y denunció después de haberse avisado y denunciado La Sirena; que el denuncia de Purgatorio número 1 se hizo también por los mismos linderos generales del aviso; que La Sirena fue entregada a Alfonso Rojas Medina, en diligencia de posesión que no está en firme, fuera del área superficial comprendida por los linderos del aviso y del denuncia de dicha mina, que, como ya se dijo, son los mismos; que Gustavo Camacho se opuso a la entrega de La Sirena, por linderos distintos de los señalados en el aviso y denuncia; y que si La Sirena se hubiera entregado a Rojas Medina dentro del área superficial comprendida por los linderos del aviso y denuncia de la propia mina, y no fuera de ellos, es de toda evidencia que los linderos del aviso y denuncia de Purgatorio número 1 no invadirían zona o parte alguna de La Sirena, pero que tal como fue entregada esta mina a Rojas Medina, es decir, fuera del área superficial comprendida por los linderos del aviso y denuncia, es indudable que los linderos de Purgatorio número 1 sí invaden la mina La Sirena en más de sus dos terceras partes.

Se trata, pues, de saber si Rojas Medina, como restaurador de una mina de antiguo descubrimiento, que no alcanzó a ser entregada a los primitivos descubridores, tiene derecho a hacer las variaciones que permite el artículo 26 del C. de M., y hasta dónde va ese derecho, o, mejor dicho, hasta dónde pueden llegar tales variaciones.

Ante todo, conviene advertir que aunque a lo largo del juicio se viene hablando de que tanto La Sirena como Purgatorio número 1 son minas abandonadas, no aparece plenamente demostrado que lo sean, al tenor de lo dispuesto en el art. 341 del C. de M. Por tanto, se acepta que el artículo aplicado en lo relativo a la demarcación definitiva de esas minas, en el acto de la entrega, es el 26 de allí, porque si en realidad se tratara de minas efectivamente abandonadas, el artículo aplicable sería el 34 de la Ley 292 de 1875, que reemplazó el 375 del Código.

Para el Tribunal, como se ve en los párrafos de la sentencia que atrás se copiaron, las palabras **paraje**, **localidad** y **fracción** de que habla el citado artículo 26 tienen una misma significación, y se refieren al sitio o punto preciso en donde la mina está ubicada.

De acuerdo con la definición que a las mismas palabras da el Diccionario de la Lengua, puede decirse que **fracción** es una de las partes en que se divide el territorio municipal, y que **paraje** y **localidad** significan más o menos lo mismo, es decir, sitio o lugar fijo o determinado.

Conforme al artículo 24 del C. de M. en todo escrito de denuncia deben fijarse, con entera claridad, dos puntos que determinen la línea que ha de servir de base a la medida de la pertenencia o pertenencias que se deban entregar, y otro punto, generalmente conocido, que indique hacia qué lado de la línea debe continuarse la medida; y el artículo 26 dice textualmente:

“Para esa medida se tomarán como puntos de partida las indicaciones hechas en el escrito de denuncia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24; pero se

podrán hacer todas las alteraciones que quiera el que va a recibir la mina, siempre que no haya minas inmediatas tituladas o denunciadas (subraya la Corte), o que los dueños o denunciantes de éstas convengan en tales alteraciones, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41.

Con todo, la medida de la mina no podrá hacerse en un paraje, localidad o fracción diversas de las que se indican en el escrito de denuncia”.

Se deduce también de lo dispuesto en los artículos 8, 33 y 55 del mismo Código, que el denunciante de una mina debe precisar o determinar el punto en que esté situada.

Teniendo en cuenta los elementos de interpretación que se dejan anotados, en concepto de la Corte el derecho a hacer alteraciones en los linderos de una mina, que concede el artículo 26 antes copiado, tiene dos limitaciones: que no haya minas inmediatas, tituladas o denunciadas, y que las alteraciones no vayan hasta situar la mina en un paraje o localidad totalmente distintos de los indicados en el denuncia.

En el caso que se estudia es fuera de toda duda que la pretensión de Rojas Medina, de hacer alteraciones o variaciones en los linderos de La Sirena, se encuentra con las dos limitaciones de que se ha hablado, porque en el punto en que él quiso situarla en el acto de la entrega, se halla ubicada la mina Purgatorio número 1, denunciada por Camacho V. antes de verificarse la entrega de La Sirena, y porque tal punto viene a constituir un paraje o localidad totalmente diversos de los señalados en el escrito de denuncia, toda vez que la demarcación de la mina vendría a hacerse así completamente fuera de los linderos determinados en ese escrito, y con ello se violaría doblemente el referido artículo 26.

No resulta probado que el Tribunal incurriera en evidente error de hecho, como lo sostiene el recurrente, pues la sentencia no dice que los linderos indicados en

el aviso y denuncia de La Sirena sean idénticos a los de la mina antigua, ni que ésta se hubiera entregado a sus primitivos descubridores.

Lo que afirma la sentencia es que los linderos del aviso y los del denuncia de La Sirena, dados por Rojas Medina, son iguales entre sí, y en lo tocante a la mina antigua dice:

“Como premisas fundamentales de la argumentación del Juzgado, se sentaron las siguientes: a) Que no habiéndose llegado a entregar, como en realidad no consta en autos que se hubiera entregado, la mina La Sirena a sus anteriores avisantes, podía el señor Rojas Medina, restaurador, hacer las variaciones permitidas por el artículo 26 del C. de M., en armonía con el 34 del Decreto número 761 de 1887; y b) Que es enteramente evidente que tanto el primer restaurador, como el primer avisante, tienen derecho preferente a la adjudicación de los minerales comprendidos dentro de un radio dado”.

En consecuencia, no es aceptable el cargo que se ha venido analizando.

B) Es igualmente inadmisibile el cargo de falta de consonancia, porque la sentencia no sostiene “que Rojas, como restaurador, no puede sino recibir la mina restaurada y nada más que esto”.

El fallo se funda, principalmente, en que no puede entregársele a Rojas la mina en un paraje o localidad totalmente distintos de los indicados en el aviso y en el denuncia, o, lo que es lo mismo, completamente fuera de los linderos señalados, porque a ello se opone lo dispuesto en el artículo 26 del C. de M., y tal resolución está acorde con los pedimentos de la demanda y con los fines que se propuso el actor.

Corolario de todo lo expuesto es que no puede infirmarse la sentencia acusada.

A virtud de lo dicho, 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 Ibagué el diez de febrero de mil novecientos cuarenta,

Sin costas por no haberse causado.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Isaías Cepeda—Liborio Escallón—José Miguel Arango—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en ppad.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

El señor Martín Angel y los hermanos José María, María, Ana Rosa y Clementina Forero Sánchez constituyeron la sociedad comercial colectiva Angel & Compañía por escritura número 179 otorgada en la Notaría 5ª de Bogotá, el 11 de marzo de 1918, con domicilio en esta ciudad y con el objeto de explotar la empresa molinera existente en el llamado predio Los Molinos, ubicado en el barrio de San Cristóbal de esta ciudad, el que transfirieron los otorgantes a esa compañía a título de aporte, en las cuotas de cada cual en el mismo allí determinadas, con todos sus accesorios, entre los cuales figura un molino y su maquinaria y enseres y la servidumbre activa de acueducto sobre predio superior en el cual se tomaba y a través del cual se conducía el agua del río San Cristóbal para dar movimiento al molino.

Vencidos los cinco años fijados por la duración de la compañía sin haberla prorrogado, todos sus socios otorgaron en aquella notaría, la escritura número 1166 el 28 de julio de 1927 en que declararon la sociedad disuelta y en liquidación y nombraron liquidador al prenombrado señor Forero.

Este señor en tal carácter y en nombre propio, sus dichas hermanas y el señor Angel por medio de apoderado incoaron demanda ordinaria contra el municipio de Bogotá con el fin de que se le condene a pagar a dicha sociedad en liquidación

o a tales personas como condueños de lo que formó el patrimonio de la misma, la cantidad de \$ 75,000.00 o en subsidio la mayor o menor de esa suma que pericialmente se fije como valor de "los perjuicios causados por la empresa del acueducto de Bogotá, de propiedad del municipio demandado, consistentes en haber tomado las aguas del río San Cristóbal para conducir las a la ciudad de Bogotá, dejando con este hecho inútil el molino" referido que se movía con dichas aguas "y no puede moverse después de que se tomara para la empresa del acueducto".

Motivos entre los cuales es de anotarse la muerte de las señoritas Ana Rosa y María Forero S., determinaron suspensión de la causa; otros, que su tramitación marchase lentamente; además, hubo incidentes como el de excepciones dilatorias y uno de nulidad, todo lo cual explica que, repartida la demanda el 31 de mayo de 1929 y no habiendo incurrido el juzgado, que lo fue el tercero civil de este circuito, en mora para sustanciar y sentenciar, su fallo definitivo se pronunciara el 28 de octubre de 1938. El absuelve al demandado y condena en costas a los demandantes.

Apelado por éstos y surtida la segunda instancia, también con lentitud aunque menor, el Tribunal la decidió confirmando el fallo apelado en sentencia de 28 de septiembre de 1940.

Dicho señor Forero fue declarado heredero de las prenombradas señoritas Ana Rosa y María y como tal confirió poder, como lo había conferido en nombre propio y en su calidad de liquidador. El apoderado, que lo es también de los restantes actores, señor Angel y señorita Clementina, interpuso casación, recurso

que pasa a decidirse por estar debidamente tramitado.

El Juzgado condensa su estudio de las pruebas en la siguiente lista de los elementos que falta para deducir el daño cuya indemnización se pretende, esenciales todos a tal fin: "1º La existencia del molino en funcionamiento; 2º La captación de aguas del río San Cristóbal para mover el molino; 3º La suspensión del molino por disminución del caudal de aguas a causa de haberlas tomado el municipio, y 4º La disminución en forma tal que impidiera el funcionamiento del molino". De aquí, citando los artículos 1757 del C. Civil y 593 del Judicial, llegó a la absolución supradicha.

El Tribunal llega a conclusiones iguales en cuanto a la falta de comprobación de elementos esenciales para dar por existente el perjuicio.

El recurrente acusa de violación del artículo 893 del C. C. que, al autorizar la captación del agua para los menesteres de la ciudad por el municipio, impone a éste ciertos deberes, entre ellos el de indemnizar el perjuicio inmediato que ello cause; y acusa de violación de los artículos 2341, 2343 y 2347 de la misma obra, porque, aunque no se tratara de aquel caso preciso, el hecho ilícito del municipio o sus dependientes determina de suyo esa obligación.

El Procurador General de la Nación niega estos cargos, porque el artículo 893 confiere aquel derecho a los riberanos y los demandantes no pueden considerarse tales aquí, por tomar el agua en predio ajeno, a través del cual la conducen; y porque seguida la controversia ceñidamente ante aquel artículo 893, no cabe en casación alterarle su cariz y fundamento.

Una y otra de las dos situaciones contempladas por el recurrente para atacar la sentencia como acaba de indicarse, implican como base *sime quan non* la existencia del perjuicio, al punto de no haber siquiera lugar a pensar si esas disposiciones se quebrantaron o no, en el even-

to de hallarse justificado el aludido concepto negativo del Tribunal sobre las pruebas. El recurrente, comprendiéndolo así, formula como fundamental el cargo de error en la apreciación de ellas para derivar de allí esa violación.

En realidad la clave del fallo del recurso está, como ha estado el del pleito, en el estudio de las probanzas, en averiguar si efectivamente acreditan el perjuicio de que los actores se quejan y en averiguar así mismo, caso de acreditarlo, si establecen también que lo causó el municipio con captar para su acueducto el agua del río San Cristóbal.

Las pruebas producidas por ellos consisten en declaraciones de testigos, en la inspección ocular practicada en segunda instancia el 3 de mayo de 1939, en el dictamen pericial rendido con ocasión de ella y en la copia de actuaciones y gestiones ante las respectivas autoridades y de la inspección ocular practicada extrajudicial el 26 de mayo de 1924.

Se analizan estas pruebas para responder si suministran o no aquellos elementos básicos y si, por ende, se justifica o no el cargo de error en su apreciación formulado por el recurrente contra el fallo del Tribunal.

Como bien dice el recurrente, en el dictamen debe distinguirse entre el avalúo que presenta y los demás conceptos que formula; de suerte que el rechazo del avalúo no implica el de los restantes, y puede dejarse la fijación de la cantidad correspondiente sentando las bases en la parte motiva del fallo cuya resolutive condene en abstracto a indemnizar. En realidad así la autoriza, en su caso, el C. J. en sus artículos 480 y 553.

Pero, aun reconocida aquella acertada distinción, el dictamen se halla inaceptable también en los aludidos conceptos restantes, porque, como el Tribunal lo expresó, parten de bases imaginarias. En efecto, se da por sentado allí un aforo de la corriente del río cuyos fundamentos no aparecen y del cual, además, no se sabe si corresponda a épocas de verano o

de invierno, o sea, una apreciación promedial. Se fija matemáticamente la altura de la caída del agua o, por mejor decir, la diferencia de altura entre la bocatoma y el molino y sobre este solo pie se afirma la insuficiencia del agua que queda después de tomar el acueducto la suya, sin establecerse en aquella forma la cantidad de agua necesaria para el movimiento del molino, y cuya calidad, estado, capacidad y demás condiciones se ignoran. Bien se ve que, así, aunque se hubiera precisado el sobrante de aguas con su aforo, faltaría este otro término de relación el que es indispensable para establecer aquel hecho. Tampoco se estableció ese saldo para la época de la captación de las aguas por el municipio.

El dictamen, que respecto de aforos sólo da por sentado el aludido del total del río y que en cuanto al saldo se limita a declararlo insuficiente sin precisarlo y sin poder relacionarlo con el molino y sus peculiares exigencias, habla para esta determinación de la molienda diaria de treinta cargas de trigo de cierta calidad, sin que haya elemento probatorio en el proceso que indique como justificada o comprobada y como suficiente esta base de cálculo.

Es de reconocerse que los peritos no dispusieron de más medios ciertos de instrucción que los que tuvieron a la vista en la inspección ocular, acerca de lo cual en el acta consta que estuvieron en la bocatoma, identificaron la acequia y encontraron los restos de lo que había sido la empresa harinera. Estimaron adecuado, para reconstruirla idealmente, referirse a la escritura social que detalla los aportes. Bien se echa de ver lo inaceptable de este recurso, no sólo por razones legales, sino también por la decisiva del tiempo transcurrido entre el 11 de marzo de 1918 en que se otorgó la escritura y el 26 de mayo de 1939 en que se practicó la inspección.

Brillan por su ausencia otros medios de ilustración de los peritos. Los libros de contabilidad de una empresa, por ejem-

plo, indican los elementos que la forman, su marcha, el capital invertido en su movimiento, su capacidad, su estado en tal o cual época o día.

En el presente caso, sin más datos los peritos que los aludidos de la inspección ocular, suplieron con conjeturas lo que faltaba en certidumbre, y así no puede decirse que el Tribunal al desechar el dictamen incurriera en error en su apreciación, por más que los expertos formulen sus conclusiones en tono categórico.

Más todavía: si en gracia de hipótesis se diera por aceptado ese dictamen, no por eso se llegaría a la condenación demandada, por la poderosa razón de que quedaría por establecerse otro elemento indispensable, cual es el funcionamiento del molino, la marcha de la empresa cuando el municipio captó el agua para su nuevo acueducto. Apenas habrá para qué decir que el dictamen no establece cuándo dejaron de funcionar molino y empresa, menos aún, que dejaron de funcionar por esa captación.

Los testigos cuyas declaraciones se recibieron en el término probatorio de la segunda instancia hablan de que esa suspensión ocurrió en esa precisa oportunidad por obedecer a que el municipio captó toda el agua, según uno de ellos, o dejó un saldo insuficiente para mover el molino, según los otros. Pero esas declaraciones adolecen de los defectos que como tales les anota el Tribunal y, por otra parte, aunque no los tuviesen, no son la prueba adecuada, porque ésta es procedente sobre las percepciones; no sobre las opiniones del testigo. La suficiencia o insuficiencia del sobrante aludido se establecen con pruebas distintas. De ahí que los demantes proveyesen a la inspección ocular con intervención de peritos de que se ha hablado.

Debe recordarse, por otra parte, que aquella afirmación de los testigos está contradicha por la inspección ocular de 3 de mayo de 1924, en cuanto en ella consta que para este día llevaba el molino sin funcionar ya largo tiempo. El nuevo

acueducto comenzó su servicio el 7 de noviembre de ese año.

Otras declaraciones de testigos obran en el proceso; pero por ser de nudo hecho y no haberse ratificado, el Tribunal se abstuvo de tomarlas en consideración, obedeciendo al artículo 693 del C. J.

Es, pues, infundado el cargo de error de apreciación de la prueba testimonial que formula el recurrente.

La inspección ocular con ocasión de la cual se rindió ese dictamen, esto es, la practicada como prueba en segunda instancia el 3 de mayo de 1939, no acredita tampoco el perjuicio o los hechos de que habría de deducirse. Establece la preexistencia del molino con su acequia y demás elementos de la empresa harinera que los actores afirman haber fundado y sostenido, nada de lo cual les ha negado el municipio opositor ni les niega la sentencia recurrida. En los elementos restantes de juicio pertinentes en este pleito, se defirió al concepto pericial ya analizado.

La inspección ocular practicada extrajuicio en mayo de 1924, cuya acta se trajo como prueba al Tribunal oportunamente, tampoco prueba ninguno de los hechos básicos indispensables para la prosperidad de la demanda. Practicada con el fin principal de establecer si la conducción de las aguas por la acequia al molino y después de éste al río las contaminaba, esto es, con finalidad inicial de orden higiénico, por adelantarse a la sazón el nuevo acueducto a que los interesados atribuyen el perjuicio controvertido aquí, la diligencia se extendió a hechos pertinentes a esa obra y desde este punto de vista interesa como prueba en este pleito. Al respecto sólo establece la existencia del arcaduz y del molino, que nadie ha negado. Establece, además, según el Personero Municipal pidió que constase, sin aparecer contradicho, que el molino llevaba ya para entonces largo tiempo sin moverse y que sólo se puso en movimiento para ese día.

Las copias traídas de la querrela de po-

licía de Angel & Compañía contra el dueño del predio atravesado por el arcaduz, que quería cegar, demuestran que aquélla defendía la conducción del agua o, por mejor, lo que entendía ser su derecho a este fin, y que la policía mantuvo el orden de cosas anterior sin entrar en estudio distinto del correspondiente a esta misión suya; pero no demuestran que el molino estuviera funcionando cuando más tarde el municipio captó las aguas para el acueducto nuevo.

Otro tanto ocurre con las copias tomadas de la actuación habida por la orden de la Alcaldía de no llevar las aguas al molino para evitar su contaminación para el acueducto de entonces que las tomaba más abajo. Ello ocurrió en mayo de 1924; pero ya queda visto cómo en la inspección ocular del día 3 de los mismos mes y año consta que el molino ya de tiempo atrás no funcionaba y que el día de esta diligencia se puso ad hoc en movimiento.

Queda analizado el haz probatorio de los demandantes y visto lo inadmisibile del cargo de error en su apreciación que formulan contra la sentencia del Tribunal por no haber deducido de aquél la demostración del perjuicio materia de la demanda.

Aunque esto bastaría para la solución del recurso, se estiman procedentes estas otras observaciones:

El Inspector décimo Municipal informó el 31 de diciembre de 1924 al Inspector Fiscal del Municipio en términos que se resumen así: el molino llevado del chorro de Padilla en 1918 o 1919 a San Cristóbal dio a sus empresarios tan malos resultados que tuvieron que suspenderlo, y si para la inspección ocular de ese año volvió a moler, dejó en seguida de hacerlo, aunque ha corrido y corre agua suficiente para moverlo; de suerte que no le ha faltado agua a este fin y el nuevo acueducto con su tanque de Vitelma no lo ha perjudicado. Agrega que en los veranos casi se seca el río, por lo cual, sin

necesidad del acueducto, el molino no puede funcionar continuamente.

Al contestar la demanda inicial de este juicio, el Personero Municipal, oponiéndose a sus pretensiones y negando los más de los hechos fundamentales, dijo: "Los demandantes de manera habilidosa se hicieron al dominio del molino de El Zuque porque su único fin al adquirirlo fue el hacerse los perjudicados con el no funcionamiento de ese molino que hacía mucho tiempo estaba abandonado por viejo, por ruinoso, por antiguo (no es lo mismo que viejo), por impotente para competir con los molinos modernos. Fue que, como el municipio tuvo que comprarles a los señores Foreros el Molino Inglés en condiciones muy buenas para ellos, a causa del negocio de las hoyas hidrográficas de todos conocido, quedaron aquerenciados dichos señores a esa clase de pingües ganancias y de ahí que, inmediatamente que celebraron ese negocio, se parapetaron en una posición análoga, no ya sobre el río San Francisco sino sobre el San Cristóbal".

Penetrado de la gravedad del concepto, advierte que no se refiere al abogado redactor de la demanda, y agrega: "Mi apreciación se dirige exclusivamente contra los demandantes, y la formulo sin la más leve vacilación".

Esto fue en julio de 1930. Años más tarde (1937) al llegarse la oportunidad de alegar de conclusión en el Juzgado, desempeñada la Personería Municipal por abogado distinto, este funcionario agrega a su análisis de las pruebas de los actores, tachándolas de deficientes, estos conceptos:

"En cambio por el municipio se llevaron a los autos documentos oficiales tales como el oficio número 557 de 26 de noviembre de 1924 del gerente del acueducto municipal para el Inspector Fiscal del municipio, el oficio N° 1856 de 31 de diciembre del mismo año del Inspector 10° municipal para el mismo Inspector Fiscal del municipio, el informe que la comisión del Concejo rindió a esa entidad con

respecto al reclamo que en aquel entonces hicieran los propietarios del molino en cuestión por la captación de las aguas llevada a cabo por el acueducto, y copia de las declaraciones recibidas en la Inspección décima a raíz de aquel acontecimiento, que dan cuenta de hechos tan importantes como los siguientes:

Que desde que el acueducto hizo la nueva captación de las aguas del río San Cristóbal, en terrenos del municipio, ha dejado correr por el cauce del río una cantidad mayor de ochenta litros por segundo, y el molino del General Forero o de Angel & Compañía no puede haberse construido para funcionar con mayor cantidad de cuarenta litros por segundo, ya que el caudal mínimo de ese río es de ochenta litros por segundo, en tiempo de verano.

Que además desde que desbarataron el tambre que el General Forero había construido dentro del lecho del río, en terrenos que no son de su propiedad, el agua ha seguido corriendo hasta el molino en mayor cantidad de la que corría cuando construyó la presa, y sin embargo el molino no ha estado funcionando, pues el mismo dueño de él desvía las aguas fuera de la tubería.

Que las indicadas aguas eran conducidas por un cauce muy permeable y mal construido que cruza el camino del acueducto y ocasiona graves daños que han obligado a esa empresa a hacer costosas reparaciones para conservar el tráfico para los materiales de sus obras.

Que el molino del Zuque dejó de funcionar más o menos desde el año de 1910 hasta 1918 o 19, en cuya época molió por poco tiempo en un molino traído por el General Forero del chorro de Padilla; pero que como diera malos resultados la empresa tuvo que suspender su funcionamiento.

Que unos cinco meses antes de aquella época (diciembre de 1924), con motivo de una diligencia de inspección ocular pedida por el General Forero, se molió du-

rante dos días, pero que luégo dejó de funcionar el molino definitivamente.

Que desde la última vez en que funcionó el molino, ha seguido corriendo por la acequia agua suficiente para hacerlo mover, a pesar de lo cual allí no se ha molido, razón por la cual no puede imputarse perjuicio alguno al nuevo tanque y aprovisionamiento del acueducto, pues como se ha dicho, el molino no dejó de funcionar por falta de agua sino por propia voluntad de sus dueños.

Por último, que el molino en cuestión después de estar abandonado por largos años, no se hizo funcionar nuevamente sino con ánimo preconcebido de obstaculizar la obra del acueducto y obtener quizá la compra de él o una indemnización cuantiosa, ya que por lo apartado del sitio en donde se instaló, lejos del centro de los negocios y sin vías de acceso fácil para el transporte de la carga, no podía competir con la misma industria establecida en el centro de la ciudad y su fracaso comercialmente tenía que ser inevitable".

Los demandantes en su citada escritura de liquidación otorgada por todos ellos el 28 de julio de 1927 dicen que la sociedad Angel & Compañía quedó extinguida al vencerse su plazo el 11 de marzo de 1923 sin haberla prorrogado, y agregan a este respecto: "Ni aún tenía objeto la continuación de los negocios, porque la empresa se vio forzada a suspenderlos desde que el municipio de Bogotá captó las aguas del río San Cristóbal para el acueducto de la ciudad".

Como se ve, los demandantes reconocen que para marzo de 1923 ni objeto tenía la continuación de los negocios. Esta declaración es muy significativa respecto de la fecha o época en que los suspendieron. Verdad es que dan allí como causa la captación de las aguas por el municipio; pero esta consideración no infirma lo relativo a la suspensión misma y su fecha, y además, no es admisible, porque para esto habría de darse a la captación un efecto retroactivo, por decirlo así, puesto que fue posterior al vencimiento de los

cinco años de la compañía, aun refiriendo la captación, no al año de 1925 afirmado en la demanda, sino a fecha más favorable en este sentido para ellos, como es el 7 de noviembre de 1924, precisada, tanto en el memorial del actual demandante señor Angel en solicitud de este dato, como en la atestación de la alcaldía (cuaderno principal, folio 70). En suma: la captación fue posterior al 11 de marzo de 1923 en que, según los interesados mismos, ya no tenía objeto la continuación de su negocio.

Todas estas consideraciones hacen ver que la empresa en cuestión no estaba funcionando cuando el municipio tomó las aguas del río, o al menos, que no se ha demostrado en este proceso tal funcionamiento para esa época.

Como no se ha demostrado tampoco la existencia de todos los enseres del molino para entonces. El Tribunal no la desconoce para cuando se constituyó la sociedad; pero, aunque se diese por probado ante terceros con la sola declaración de los interesados al asociarse, ello es que existir la empresa para esa fecha tal como reza ese instrumento, no es prueba de que todo lo allí indicado se conservara y existiera así y funcionara cuando el municipio captó la aguas del río. Esto aconteció en noviembre de 1924 y la escritura se otorgó en marzo de 1918.

El citado artículo 593 obliga a fundar toda decisión judicial en los hechos conducentes de demanda y defensa, en cuanto por los medios probatorios conocidos universalmente con el nombre de pruebas aparezcan demostrados de manera plena y completa según la ley. Estas son sus palabras. La Sala, obedeciéndolo, ha de fallar como corresponde al estudio ya relacionado, sin que, por otra parte, afirme ni niegue que las cosas sucedieran o pudieran suceder en todo o parte como las presentan los actores o como las relaciona la Personería Municipal.

Desde el libelo inicial los demandantes afirman que el perjuicio cuya indemnización solicitan comprende tanto el daño

emergente como el lucro cesante. Aquél consistiría en la pérdida o deterioro de los elementos mismos de la empresa, y ya se vio que aun dando por probada la existencia de todos ellos cuando se otorgó la escritura social, ello no bastaría para demostrar que subsistieran y se conservarían así cuando años más tarde el municipio dio al servicio su nuevo acueducto y que a esto se deba, directa o indirectamente, el deterioro o destrucción o, en general, la falta que se anotaron cuando se practicó la inspección ocular de la segunda instancia. Y de otro lado brillan por su ausencia las pruebas de lucro, más aún de un lucro cuya cesación fuese determinada por la captación en referencia.

No habiéndose establecido los referidos elementos básicos, sería improcedente e inoficioso, como de antemano se advirtió, disertar acerca del quebrantamiento de las disposiciones legales sustantivas de que el recurrente acusa al Tribunal por no haber decretado la indemnización controvertida.

Rechazados así los cargos hechos dentro del motivo 1º de los del artículo 520 del C. J., se advierte que el recurrente aduce también el motivo 2º. Este es in-

admisible, y para hallarlo así basta considerar que la sentencia absuelve al demandado de todos los cargos de la demanda, lo que significa que no se abstuvo de decidir nada de lo controvertido, y que, cifrándose en esa absolución su parte resolutive, no se excedió en forma de incurrir en fallo extra o ultra petita.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 28 de septiembre de 1940.

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

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango —
Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa
Daza — Fulgencio Lequerica Vélez —
Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón,
Srio. en ppd.

REIVINDICACION — AUTO PARA MEJOR PROVEER — APRECIACION DE LA PRUEBA INDICIARIA

1. El artículo 600 del C. J. es meramente facultativo y de facultad restringida. No es el auto para mejor proveer una creación de prueba, porque entonces asumiría el juzgador la posición de una de las partes, sino un elemento para aclarar un punto dudoso, y este estado de duda, como es esencialmente subjetivo, no depende sino de la apreciación del juez, de donde resulta que solamente éste, en ciertas circunstancias y con ciertos elementos, tiene potestad para dictar providencia de tal especie. De esto resulta que un motivo en casación en que se alegue la violación de ese artículo del C. J. no es viable, porque la Corte no puede variar la apreciación que tuvo el fallador de instancia para dictar o no un auto para mejor proveer, pues esto equivaldría a quitarle su característica de meramente facultativa que entra sólo dentro de la apreciación del fallador. — 2. El artículo 472 del C. J. es una norma adjetiva cuya violación no puede dar base para el recurso de casación. — 3. La convicción indicial cae bajo la esfera de apreciación del fallador, de manera que no le es dado a la Corte variarla, sino en el caso de que haya errado con error de hecho evidente o con error de derecho en la apreciación de los elementos probatorios sobre que se apoyan los indicios. — 4. Para que prospere la acción reivindicatoria es necesaria, entre otras cosas, la individualización de la finca o predio materia de la reivindicación.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Elvira Forero demandó a Roberto Rodríguez Lleras y Waldina Lleras de Rodríguez para que previos los trámites del juicio ordinario se declare: a) que la actora es dueña del lote de terreno con sus edificaciones situado en el barrio de Las Nieves de esta ciudad, marcado hoy en su puerta de entrada con el número 37-88 de la carrera 7ª, antes con el número 10-74 y antes con el 10-72 A y demarcado como se expresa en el hecho 26 de la demanda; b) que los demandados están obligados a restituírle esa finca; c) que están obligados a la restitución de los frutos como poseedores de mala fe, y d) que deben ser condenados a las costas del juicio.

El Juez Sexto del Circuito de Bogotá, el 12 de mayo de 1938 falló adversamente a las pretensiones de la actora, absolviendo a los demandados de los cargos de la demanda. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en sentencia de 22 de mayo del año próximo pasado confirmó la del inferior y la demandante recurrió entonces en casación y hoy pasa la Corte a decidir sobre la suerte del recurso.

La acción reivindicatoria incoada tiene estos fundamentos: La señora Forero, demandante, reclama de los demandados el siguiente lote: situado en el barrio de Las Nieves, marcado en su puerta de entrada con el número 37-88 de la carrera 7ª, antes con el número 10-74 y antes con el

10-72 A y demarcado así: por el Occidente en parte con el camino de Bogotá a Chapinero llamado antes "de Arriba" hoy carrera séptima y en parte con el resto de la finca comprada por Elvira Forero a Concepción Monroy, porción restante que está marcada hoy con el número 37-82, y lo estuvo antes con el número 10-72 de la carrera 7ª; por el Norte con lote de terreno que fue de José Ramón o José María Rodríguez, después de Francisco Montaña, y hoy es de la Nación (Parque Nacional); por el Oriente, con lote o propiedad que fue del mismo Rodríguez, después de Bernardo Suárez y hoy de los sucesores de Rodríguez C. y por el Sur en parte con terreno de Cenón Rodríguez, después de Manuel Montenegro y hoy de Abel Lozada; y en parte con el resto de la finca de Elvira Forero, porción restante que está marcada con el número 37-82 y lo estuvo antes con el número 10-72 de la carrera 7ª

La demandante sostiene que el lote que reivindica hace parte del que compró por escritura pública 137 de 1º de febrero de 1927 de la Notaría 2ª de esta ciudad a Concepción Monroy, lote que se determinó así: Un globo de tierra con una casita de habitación construida en él y las demás edificaciones que existen dentro de tal globo de terreno, situado todo en el barrio de Las Nieves de esta ciudad, en la carrera 7ª número 10-72 y comprendida toda la finca dentro de los siguientes linderos: por un costado con el camino que de Bogotá conduce a Chapinero llamado "de Arriba"; por otro, con lote de tierra de propiedad de José Ramón Rodríguez; por otro, con propiedad del mismo Rodríguez y por otro, con terrenos de Cenón Rodríguez.

La demandante presenta una serie de títulos que se remontan al origen de la propiedad, 1889, y que se relacionan con el origen común del predio puesto que se desprende de autos que el lote de la demandante y el de los demandados tuvieron un mismo dueño y que éste vendió varias porciones. De ahí seguramente la

confusión de linderos y las diversas y opuestas pretensiones de las partes. Así lo observó con mucho acierto el Juez de primera instancia, quien además de haber encontrado que el lote que se reivindica no se ha identificado, halló también que los títulos en que la actora ampara su derecho no dan base para la prosperidad de su acción.

El Tribunal por su parte llegó a la misma conclusión y basa su fallo especialmente en que no está comprobada la identidad del predio que se reivindica. Después de hacer un estudio y confrontación de los títulos de las partes se expresa así: "Lo anteriormente expuesto pone de manifiesto el hecho de que no se ha probado en autos que el terreno que poseen los demandados Lleras y Rodríguez, o sea al que alude la demanda en el hecho 26 y por los linderos allí señalados, pertenezca en dominio a la señora demandante, y esta poderosa razón también se opone a la prosperidad de la demanda. Hay que lamentar desde luego, como ya se dijo, que no se hubiera practicado una inspección ocular con intervención de peritos para establecer sobre el terreno la posibilidad de que el lote poseído por los demandados haga parte del lote comprado por los demandantes a Concepción Monroy, pues quizá esa prueba hubiera servido para aclarar el debate; pero como no se practicó tan importante diligencia, hay que acudir a las declaraciones de testigos y otras pruebas que fueron aportadas por el demandante, teniendo es claro, también a la vista las producidas por la parte demandada". En seguida el Tribunal analiza las declaraciones presentadas por la parte actora tendientes a establecer la identidad, análisis que para el juzgador dio un resultado negativo y finalmente estudió varios documentos, también con el mismo resultado y sobre los cuales se ocupará la Corte al estudiar el segundo de los cargos de la demanda.

En la primera parte de la demanda de casación adicionada luego por el recurrente

te y apoyado éste en el artículo 520 del C. Judicial, acusa el fallo por violación, por no haberlo aplicado, el artículo 600 del C. Judicial, a consecuencia de lo cual interpretó erróneamente el artículo 472, ídem, que lo condujo a la infracción directa de los artículos 946 y 950 del C. Civil.

La Corte considera: Sin desconocer la importancia doctrinaria de varias de las tesis desarrolladas por el recurrente al respecto, es lo cierto que estando, como debe estarlo, circunscrito el recurso de casación a ciertos motivos especiales que consideran casi todos el quebrantamiento de la ley, ya en forma directa o indirecta, la norma sustantiva infringida por un fallo, por cualquiera de los conceptos anotados, debe tener ciertos caracteres de imperio para que sea operante el recurso, puesto que existen tanto en los Códigos sustantivos como adjetivos, ciertas disposiciones de carácter meramente facultativo, cuya aplicabilidad no depende sino del criterio del Juez y entonces como ese criterio, que gira dentro de una amplia órbita de apreciación legal, no puede ser variado por el superior, resulta que la no aplicación de esas normas, no puede nunca entrañar una infracción de ellas, de donde se concluye que en casación no puede prosperar un motivo apoyado en ese concepto.

Tal es el caso de la acusación que se estudia. El artículo 600 del C. Judicial, es meramente facultativo y de facultad restringida o sea poder para dictar autos para mejor proveer con el objeto de que se aclaren los puntos que el fallador juzgue oscuros o dudosos. No es pues el auto para mejor proveer una creación de prueba, porque entonces el juzgador asumiría la posición de una de las partes, sino un elemento para aclarar un punto dudoso, y este estado de duda, como es esencialmente subjetivo, no depende sino de la apreciación del Juez, de donde resulta que solamente éste, en ciertas circunstancias y con ciertos elementos, tiene potestad para dictar providencia de tal especie.

De esto resulta que un motivo en casación, en que se alegue violación del artículo 600 del C. Judicial, no es viable, porque la Corte no puede variar la apreciación que tuvo el fallador de segunda instancia para dictar o no un auto para mejor proveer pues esto equivaldría a quitarle su característica de meramente facultativa que entra sólo dentro de la apreciación del fallador.

El artículo 472 de dicho código tampoco incide en casación, porque esa norma en realidad de verdad no es sustantiva ni adjetiva, siguiendo la clasificación antigua, sino que constituye más bien una especie de orientación de criterio para el juzgador y por eso nunca puede ser base única para atacar un fallo por violación de la ley.

Si el Tribunal estimó que no era el caso de dictar auto para mejor proveer, y seguramente por eso no lo dictó, y si estimó que no estando identificado el lote cuya reivindicación se impetra no podía prosperar la acción, es claro que no pudo violar los artículos 946 y 950 del C. Civil.

En la última parte del recurso, que también fue adicionada, acusa la sentencia por error de derecho en la apreciación de las pruebas consistentes en el contrato de arrendamiento que celebró Rafael Forero G. con Tomás Ortiz, la demanda de lanzamiento del arrendatario Ortiz, la sentencia que tuteló el derecho del arrendador y la de oposición habida en ese juicio, por cuanto el Tribunal le negó el mérito legal a esas pruebas a causa de que el arrendador Forero G. no era tradente del derecho de dominio sobre la finca, error que produjo la violación de los artículos 632, 637 del C. Judicial y 1973 y 1974 del C. Civil. El recurrente acepta que si con esos documentos no se demuestra plenamente la identidad de la zona, sí sirven de indicio vehemente de que los demandados ocupan algo más de lo permitido en sus títulos que necesariamente integran lo descrito en los títulos de Forero y por eso en la adición al recurso, de que se ha hecho mérito, señala además como viola-

do el artículo 665 del C. Judicial en relación con el 950 del C. Civil.

La Corte considera: La sentencia acusada tiene dos fundamentos: a) el estudio comparativo de los títulos presentados por ambas partes al debate y del cual concluyó el Tribunal, como concluyó el Juez a quo después de un minucioso y detenido análisis, que la demanda no puede prosperar, toda vez que los títulos en que se apoya la demandante no favorecen sus pretensiones, o por lo menos no las demuestran plenamente. El Tribunal dice al respecto: "Lo anteriormente expuesto pone de manifiesto el hecho de que no se ha probado en autos que el terreno que poseen los demandados Lleras y Rodríguez, o sea al que alude la demanda en el hecho veintiséis y por los linderos señalados, pertenezca en dominio a la señora demandante, y esta poderosa razón también se opone a la prosperidad de la demanda".

Esta base fundamental de la sentencia no ha sido atacada en casación, y a juicio de la Corte serviría para respaldar el fallo; b) El Tribunal concluyó también que no estaba probada la identidad de la finca materia de la reivindicación y el mismo recurrente acepta ese extremo y por eso sin duda, dice lo siguiente, al sostener que hubo infracción de la ley, por cuanto el Tribunal no apreció debidamente los documentos ya enunciados al estudiar ésta parte del cargo: "Circunstancia ésta que si no demuestra plenamente la identidad de la zona, si sirve de indicio vehemente de que los demandados ocupan algo más de lo permitido en sus títulos". Este segundo fundamento de la sentencia, o sea la no demostración de la identidad del predio queda también en firme.

El Tribunal estudió varias pruebas, más bien de carácter colateral presentadas por la parte actora, entre ellas los documentos aludidos. Si la acusación por el aspecto que se estudia prosperara no por eso rompería el fallo, porque quedaría apoyado en el otro de los fundamentos de que

se ha hecho mérito. No obstante esto, la Corte entra a estudiar el cargo.

Adujo la demandante un documento privado en que consta un contrato de arrendamiento celebrado entre Tomás Ortiz como arrendatario y Rafael Forero G. como arrendador; en el pacto se fijaron los linderos del inmueble arrendado. El contrato de arrendamiento dio lugar al lanzamiento del arrendatario. El Tribunal estudió esta prueba y no estimó que con ella pudieran salir triunfantes las pretensiones de la actora por cuanto "no puede sostenerse, dice, que la finca del arrendamiento sea la misma que hoy pretende reivindicar la señora demandante".

En otros términos, el Tribunal no concluyó que en virtud de ese pacto se hubiera demostrado la identidad de la finca. Pero agregó otra razón y es ésta: "pero aún suponiendo que fuera la misma finca, qué quiere decir en este debate sobre reivindicación el hecho de que don Rafael Forero le hubiera arrendado la finca a don Tomás Ortiz y que éste hubiera sido lanzado de ella?" Es claro lo anterior para no considerar esa prueba como eficaz para sacar adelante las pretensiones de la demandante, pues como lo dice el Tribunal el señor Forero ni es parte en el juicio ni nunca ha sido dueño del lote que reclama la demandante. Es simplemente un tercero, que celebró un contrato sobre una finca que no se sabe si le pertenece o no. Y aunque el Tribunal se hubiera equivocado, como efectivamente lo habría hecho al decir que él no es dueño de una cosa no puede arrendarla, ese concepto no incidería para la casación, porque son otras las razones, que ya quedan expresadas, las que adujo el Tribunal para no considerar como eficaz la prueba que emana del contrato de arrendamiento. Siendo así las cosas y por el extremo que se estudia no pudo haber violación del artículo 632 del C. Judicial, porque si por una parte el Tribunal tuvo en cuenta dicha norma, por la otra, no emanando ese contrato de ninguna de las partes militantes en el juicio, no podía perjudicar-

las y por la misma razón no se violó el artículo 637 de la misma obra. Teniendo en cuenta las razones por las cuales el Tribunal no aceptó como eficaz en pro de la actora el documento constitutivo del contrato de arrendamiento, no pudieron ser violados por el fallador los artículos 1973 y 1974 del C. Civil.

Al verificarse el lanzamiento en virtud del contrato celebrado entre Forero y Ortiz, se presentó Roberto Rodríguez oponiéndose por estar embargada la casa número 10-72 de la carrera séptima e invocando su carácter de depositario de ella en el ejecutivo de Mariano Lleras contra Julio Escobar Vélez, por lo cual la autoridad suspendió la diligencia para no cometer despojo. El Tribunal analizó esa actuación que vino en copia y concluyó que nada favorable se desprendía de ella para la actora por cuanto de esa documentación no aparecía la identidad entre el lote que se reivindica y la finca a que se refiere el arrendamiento, el lanzamiento y el depósito. Esta conclusión no ha sido atacada por error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas sino por el concepto anterior, que por lo ya dicho, no tiene operancia; por cuanto el Tribunal sí paró mientes en esa documentación, pero decidió como tenía que hacerlo que no podía constituir una prueba a favor de la actora, extraña el contrato de arrendamiento entre Forero y Ortiz y extraña también al ejecutivo de Mariano Lleras contra Julio Escobar Vélez.

Concepción Monroy tradente de la demandante Elvira Forero adquirió el lote que le vendió a ésta en virtud de remate en el juicio ejecutivo seguido contra Luis Rodríguez y Manuel Sánchez. La demandante presentó ese título para respaldar su pretensión. El Tribunal lo estudió y concluyó lo siguiente: 1º Que con él se demuestra que Elvira Forero adquirió la finca de Concepción Monroy, y 2º Que del hecho de haberse verificado el remate no demuestra que en realidad los demandados se hayan apoderado de la parte del lote que reclama la demandante. "No

hay, dice el fallador, puntos de contacto entre los hechos acaecidos en el juicio ejecutivo de donde se han traído las copias y el hecho principal de la demanda de que hoy se trata". Esta conclusión del Tribunal no ha sido impugnada en el cargo que se estudia, enfocado sobre violación de los artículos 632 y 637 del C. Judicial, que como se vio no han podido ser violados.

En el juicio ejecutivo iniciado por Mariano Lleras contra Julio Escobar Vélez, se presentó la hoy demandante Elvira Forero y pidió el desembargo de la finca, por estimar que era la misma que ella había comprado a Concepción Monroy. La petición prosperó pero la entrega no pudo verificarse porque la Forero manifestó que su lote había sufrido una alteración, en otros términos, no pudo identificarse el lote reclamado. El Tribunal estudió los documentos y actuaciones en que consta lo anterior, y tampoco concluyó que con ellos se demostrara la identidad de la finca y al respecto se expresa así: "De modo que falta identidad entre el lote demarcado en el hecho 26 de la demanda y el lote depositado en el juicio ejecutivo, sea que se le considere alindado como aparece en el auto de embargo o como aparece en la diligencia de depósito. Sin esa identidad, la demanda no puede prosperar, tanto más cuanto la alindación que se da en el hecho 26 de la demanda al inmueble sobre que versa la reivindicación, tampoco se compagina o coincide con los linderos por los cuales compró la demandante a Concepción Monroy". Esta conclusión no ha sido atacada por error evidente de hecho, de donde resulte la infracción de la ley sino a la luz de los artículos 632 y 637 que ya se vio y se explicó por qué no son operantes para la acusación que se estudia.

El recurrente en la adición a su recurso señala como violado por la sentencia el artículo 665 del C. Judicial en relación con el 950 del C. Civil. La intención clara del recurrente es la de que los documentos que se acaban de analizar forman

todos un conjunto de indicios, que aunque no son necesarios constituyen plena prueba al tenor de la norma citada.

A lo anterior observa la Corte: La convicción indicial cae bajo la esfera de apreciación del fallador de manera que no le es dado a la Corte variarla, sino en el caso de que haya errado con error de hecho evidente o de derecho, en la apreciación de los elementos probatorios sobre que se apoyan los indicios. Ahora bien, el Tribunal estudió y analizó los documentos, que en el sentir del recurrente son la base de los indicios y no se ve, por lo que acaba de expresarse, que en este análisis y estudio hubiera incurrido en apreciación errónea y por ende en violación de la ley. Pero aunque no fueran así las cosas y del estudio que acabó de hacerse, concluye por su parte la Corte que los documentos mencionados, apreciados en conjunto, no indican claramente, de modo que se obtenga la convicción que sólo da al juzgador la plena prueba, que la identidad de la finca que se reivindica esté acreditada. Por el contrario: ante la disparidad de linderos y ante lo que acaeció

en otras actuaciones judiciales, en que no pudo hacerse la entrega de la finca, porque en realidad no se pudo identificar, hay que concluir que los documentos estudiados no demuestran la proposición contraria. Al ser esto así no pudo haber violación del artículo 950 del C. Civil porque para que prospere esta acción es necesaria entre otras cosas la individualización de la finca o predio materia de la reivindicación.

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

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

Isaías Cepeda — José Miguel Arango —
Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa
Daza — Fulgencio Lequerica Vélez —
Hernán Salamanca — Pedro León Rincón,
Srio. en ppd.

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO — SOLIDARIDAD ENTRE CODEUDORES

1. Del principio jurídico fundamental de la representación recíproca entre los codeudores en beneficio del acreedor, que sirve para explicar los fenómenos de la solidaridad, se deduce lógicamente y como regla general que la mora de uno entraña o conlleva las de los otros obligados y que la culpa de uno compromete la responsabilidad de los otros. — 2. El artículo 1578 del Código Civil, que limita excepcionalmente los efectos de la solidaridad en la culpa de los codeudores en relación con perjuicios, se contempla y gobierna el caso de que debiéndose por varios deudores solidarios una especie o cuerpo cierto perece éste por culpa o durante la mora de uno de ellos. Esta regla legal no tiene aplicación cuando lo debido es una suma de dinero, o una obligación de género, imperecedera por su naturaleza. — 3. La solidaridad, que es una modalidad excepcional de las obligaciones, no tiene como fuentes posibles sino la convención, el testamento o la ley, y como no se presume, debe ser expresamente declarada. — 4. Elegida por el vendedor la acción resolutoria en caso de no pago del precio por el comprador y pronunciada ésta por sentencia judicial, se producen en general los efectos que corresponden propiamente al cumplimiento de toda condición resolutoria, restituyéndose las partes mutuamente todo lo que han recibido o percibido por motivo del contrato, en las condiciones y con el alcance especialmente determinados en el artículo 1932 del C. C.

Debiéndose, en consecuencia, restituir las cosas al estado en que las partes se encontrarían si no hubieran celebrado la convención, dispone el citado precepto, en materia de frutos, que el comprador debe restituirlos con la cosa, en su totalidad si ninguna parte del precio pagó, o en la proporción que corresponda si sólo pagó algo.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, junio diez y siete de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

Antecedentes

Son antecedentes de este pleito los que sintéticamente se expresan a continuación:

Por medio de la escritura pública número 1001 del 6 de mayo de 1925, otorgada ante el Notario primero de Bogotá, Jesús María Tobón, como gerente de la sociedad anónima "Empresas Eléctrica de Manizales", domiciliada en esa ciudad, y debidamente autorizado por la junta directiva, vendió a Carlos E. Pinzón, Camilo Uribe y Abel Mejía la empresa eléctrica que dicha compañía tenía establecida a orillas del riachuelo de Olivares, en el paraje denominado El Salto del Diablo, en la proporción del 35% para cada uno de los dos primeros y el 30% para el último. El precio de la venta fue la cantidad de \$ 35,000.00 que los compradores se comprometieron a pagar solidariamente en cuatro contados a partir de la ratificación que estipularon hacer de la escritura de

venta, con intereses del diez por ciento anual durante el plazo de cada contado. El contrato fue ratificado por los contratantes en la escritura pública número 639 de fecha 14 de mayo de 1925 otorgada en la Notaría 2ª de Manizales.

El comprador Carlos E. Pinzón falleció en Manizales antes de iniciarse este juicio, y una vez iniciado, lo que dio lugar a una reforma de la demanda, murió su viuda Adelina Hoyos de Pinzón. En su representación han figurado sus herederos.

La sociedad vendedora, después de afirmar que cumplió oportunamente y a cabalidad con todas las obligaciones que contrajo en el contrato celebrado en la escritura número 1001, aseveró que "los compradores pagaron a la sociedad vendedora una parte del precio estipulado en la escritura de venta, pero no han pagado la otra, ni tampoco los intereses correspondientes a las sumas que aún adeuda", y con este fundamento, en libelo, fechado el seis de abril de 1937, repartido al Juzgado tercero de este Circuito, por medio de apoderado la "Empresa Eléctrica de Manizales" demandó a Camilo Uribe y a Abel Mejía directa y personalmente, y a Antonio, Carlos, Alberto, y María Pinzón Hoyos, Sofía Pinzón de Zuluaga, Amelia Pinzón de Toro, Emma Pinzón de Arango y Cecilia Pinzón de Camargo, como representantes de la sociedad conyugal ilíquida que existió entre Carlos E. Pinzón y Adelina Hoyos, y en representación también de las sucesiones ilíquidas como herederos de los precitados cónyuges, para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declare:

"1º Que está o queda resuelto — por incumplimiento de los compradores, en el pago de parte del precio — el contrato contenido en la escritura pública número 1001, de 6 de mayo de 1925, otorgada ante el Notario 1º de Bogotá, y por medio del cual la Empresa Eléctrica de Manizales, S. A., vendió a los señores Carlos E. Pinzón, Camilo Uribe y Abel Mejía, los siguientes bienes....."

"2º Que los demandados están obliga-

dos a restituir a la Empresa Eléctrica de Manizales, S. A., dentro del término de la ejecutoria del fallo con que se terminará este pleito, todos los bienes que fueron objeto de la venta consignada en la escritura 1001....."

"3º Que los demandados están obligados a pagar a la sociedad que representó el monto de los perjuicios que, en este juicio, o en el incidente sobre cumplimiento de la sentencia, se fijen, por concepto de incumplimiento de las obligaciones contraídas por los compradores, en el contrato de que da fe la citada escritura....., y

"4º Que están así mismo dichos demandados en la obligación de pagar a la sociedad que representó el valor de las costas procesales causadas en este juicio en caso de que se opongán a que se hagan las declaraciones anteriores".

Agotada la tramitación propia del grado, el Juzgado del Circuito profirió sentencia definitiva el 27 de junio de 1937, en la cual se absolvió totalmente a la parte demandada, sin hacer condenación e costas, con fundamento en que no se trajo al juicio la prueba de calidad de herederos de quienes se dijo representaban Carlos E. Pinzón, cuya muerte no fue siquiera demostrada.

Sentencia acusada

El recurso de apelación que oportunamente interpuso el demandante contra el fallo del Juzgado de Circuito dio lugar al segundo grado del juicio que se surtió ante el Tribunal Superior de Bogotá y que finalizó con la sentencia de 10 de julio de 1940, en que se revocó la recurrida y en su lugar se declaró resuelto, por incumplimiento de los demandados Uribe, Mejía y los herederos de Carlos E. Pinzón, el contrato de compraventa recogido en la escritura pública número 1001 a que se ha hecho referencia, y se ordenó en consecuencia, que las cosas volvieran al estado en que se hallaban al celebrarse el contrato, restituyendo los demandados tres días después de ejecutoriada el fa-

llo y con todos sus frutos naturales y civiles, los bienes que fueron objeto de la venta, relacionados en la escritura, y devolviendo la sociedad demandante la suma de \$ 29,879.13 moneda corriente con intereses legales a partir de las fechas de las entregas correspondientes, en concepto de parte de pago del precio. Se condenó, además, a los demandados al pago de los perjuicios provenientes del incumplimiento del contrato de venta, los que se fijarán en la forma indicada en el artículo 553 del C. J. y al pago de las costas procesales de ambas instancias. Y se ordenó, finalmente, la cancelación de la escritura contentiva del contrato y de su correspondiente inscripción en la oficina de registro de Manizales.

La motivación que condujo al Tribunal a adoptar la precitada fórmula decisoria, puede sintetizarse así:

Subsanado en el término probatorio de la segunda instancia el inconveniente legal sobre personería, anotado por el Juzgado, con la prueba de matrimonio de Carlos E. Pinzón con Adelina Hoyos, la de su defunción y la de que quienes se señalan como sus representantes son sus herederos en calidad de hijos legítimos, procedió el Tribunal, después de advertir que la personería de las dos partes no ofrece dificultad alguna, a estudiar la acción ejercitada, que es de las dos que consagra el artículo 1930 del C. C., la que corresponde al vendedor, para pedir la resolución de la venta con indemnización de perjuicios, en caso de que el comprador no cumpla su obligación de pagar el precio en el lugar y tiempo estipulados.

Contiene la sentencia la enumeración minuciosa de todos los comprobantes traídos a los autos en demostración del pago del precio consistentes en cartas y certificaciones bancarias, en cuyo análisis y estudio tuvo especial cuidado el Tribunal porque en este particular, que es el aspecto esencial del juicio, las partes se redujeron a formular afirmaciones generales desvinculadas de la apreciación probatoria. “No dice la parte actora — según se

lee en la sentencia — cuánta es la parte del precio que se le está debiendo; afirma simplemente, que no le fue pagado a la empresa vendedora la totalidad del precio convenido. Como los demandados no contestaron la demanda, ni hicieron en esa oportunidad ningún descargo, corresponde al Tribunal estudiar las probanzas de los autos a fin de descubrir si realmente hay saldo insoluto, para resolver en consecuencia si hay lugar a la acción de resolución que se demanda; ninguna de las partes se puso al cuidado de estudiar la relación de pagos. La una demanda afirmando que se le debe parte del precio; la otra se defiende, si no negando que debe, haciendo afirmaciones sobre personería con considerandos y tesis ya descartadas por las declaraciones hechas anteriormente. y negando además la existencia de la entidad acreedora.”

De la apreciación de todas las pruebas que relacionan pagos parciales hechos por los demandados con imputación al crédito por \$ 35,000 a favor de “Empresa Eléctrica de Manizales” dedujo el Tribunal como cosa plenamente probada, que la sociedad demandante solamente recibió en diversas cantidades y ocasiones, la suma por \$ 29,879.13, esto es, que los compradores dejaron de pagar \$ 6,120.87 del valor del precio, sin incluir el monto de los intereses que gradualmente se causaron y que también han debido pagarse en la debida oportunidad. Sobre esta conclusión probatoria fundó la procedencia de la acción resolutoria que decretó.

En relación con los perjuicios consideró el sentenciador que la obligación de indemnizarlos es cosa anexa a la resolución de los contratos por causa de incumplimiento, y que dentro de esta reparación del daño no están comprendidos los frutos de la cosa, a cuyo pago se condena también, y los cuales se deben por virtud del efecto retroactivo que corresponde a la acción resolutoria y en concepto de restitución.

Tal es, en síntesis fiel, la sentencia definitiva de segunda instancia contra la

cual se interpuso oportunamente recurso de casación por los apoderados de Alberto, Carlos y Antonio Pinzón Hoyos y por Camilo Uribe, recurso que legalmente admitido y tramitado se procede a decidir hoy.

EL RECURSO

En demanda conjunta los recurrentes acusan la sentencia del Tribunal por el primero y segundo de los motivos legales de casación que señala el artículo 520 del C. J. Con la misma separación y en el orden que se presentan en la demanda los motivos y cargos, los considera la Corte.

PRIMER MOTIVO

Primer cargo.—Por errónea interpretación unos y por indebida aplicación otros, el Tribunal violó los artículos 956, 1411, 1546, 1568, 1569, 1571, 1581, 1582, 1578, 1580, 1583, 1584, 1585, 1590, 1597 y 1930 del C. C., por las siguientes razones y conceptos:

En el contrato de que se trata hubo tantos objetos vendidos como compradores y no varios compradores de un solo objeto indivisible, y por tanto, el vendedor Tobón celebró en realidad tres contratos de venta de cuotas diferentes que originaron tres obligaciones divisibles para vendedor y compradores. Y entonces no hay razón de ley ni de justicia que obligue a los compradores que pagaron el precio de los que se les vendió a sufrir las consecuencias del incumplimiento del otro comprador como son la resolución del contrato y la indemnización de perjuicios. La solidaridad pactada para el pago del precio no le quita el carácter de divisible a la obligación.

No se salva el Tribunal del cargo de violación legal ni en el caso de que pudiera argüirse que no fue en consideración a que la obligación fuera indivisible en lo que se fundó para decretar la resolución, sino en la solidaridad pactada por los compradores en favor del vendedor,

porque la responsabilidad solidaria se limitó al pago de la deuda, y por consiguiente no puede invocarse para apoyar en ella la resolución de las ventas por incumplimiento o la mora de uno de los compradores "con la consecuencia ilegal de condenar solidariamente a todos los deudores a pagar los perjuicios". Lo que propiamente ocurre en este caso es que cada uno de los compradores Pinzón, Uribe y Mejía tenía como fiadores a los otros dos para el efecto de poder exigir el pago de cualquiera de ellos.

Además, de conformidad con la ley, cada heredero sólo es responsable por la cuota de la deuda que le corresponda a su porción hereditaria cuando la obligación es divisible, aun cuando el causante fuera deudor solidario, "y resulta aquí que los herederos del señor Carlos E. Pinzón han sido condenados a responder solidariamente no sólo en conjunto entre sí, sino con los codeudores del causante, y es esta otra forma en que el Tribunal sentenciador ha violado la ley".

La Sala considera:

Conviene ante todo, para apreciar el fundamento de estas acusaciones, transcribir las cláusulas pertinentes del contrato de compraventa contenido en la escritura número 1001, sobre la cosa vendida, su precio y forma de pago. Son ellas del siguiente tenor:

"Que en dicho carácter de gerente de la Empresa Eléctrica de Manizales vende a los señores Carlos E. Pinzón, Camilo Uribe y Abel Mejía, en la proporción del treinta y cinco por ciento (35%) para cada uno de los dos primeros, y del treinta por ciento (30%) para el último, la empresa eléctrica que dicha compañía tiene establecida a orillas del riachuelo de Olivares, en el paraje denominado El Salto del Diablo, y todas las derivaciones y todos los accesorios de dicha planta, el terreno en que está situada, el acueducto de esa planta, el derecho a tomar las aguas en el riachuelo de Olivares, las líneas o canalizaciones eléctricas que conducen la energía de la planta a la ciudad

y la distribuyen en ésta, las instalaciones de propiedad de la empresa en poder de particulares o sean aquellas que están en arrendamiento, los trasformadores, las líneas y aparatos telefónicos para el uso de la misma planta, los materiales y útiles existentes en los depósitos, y en fin, todos y cada uno de los enseres, maquinarias, edificios, semovientes y anexidades en general que complementan la empresa en referencia inclusive el derecho o permiso que ella tenga para el uso de calles o vías públicas en general. El terreno en que están construídos el acueducto y la planta quedan, como ya se dijo, en el distrito de Manizales y está alinderado así.....”

“Que el precio de esta venta es la cantidad de treinta y cinco mil pesos (\$ 35,000.00), moneda corriente, que los compradores pagarán solidariamente en las siguientes condiciones: diez mil pesos (\$ 10,000.00) dentro de noventa días a contar desde la ratificación expresa de la presente escritura y los veinticinco mil pesos (\$ 25,000.00) restantes en tres anualidades iguales o sean de ocho mil trescientos treinta y tres pesos treinta y tres centavos cada una, teniendo la última un centavo más, a contar desde el primero de los corrientes con el interés del diez por ciento (10%) anual durante el plazo de cada uno de dichos contados, siendo los intereses de los tres últimos contados pagaderos por semestres vencidos y los del primero con éste. Que en caso de demora en el pago de cualquiera de los contados abonarán durante ella el mismo interés sin perjuicio de las acciones legales del acreedor”.

La simple lectura de las preinsertas cláusulas del instrumento público número 1001 de 6 de mayo de 1925 revelan la completa falta de fundamento de la tesis básica de la parte recurrente de que en esa escritura constan tres contratos de compraventa distintos, con precio y objetos diferentes, que podrían perfectamente aislarse para el efecto de exigir las prestaciones a que dieron nacimiento. El ac-

to jurídico bilateral que en ese documento aparece estructurado es inequívocamente un contrato de compraventa, en que el vendedor enajena una cosa a tres compradores que la adquieren en cuotas distintas de condominio indiviso, por un precio determinado que se comprometen a pagar solidariamente. La unidad convencional no se altera aquí por la circunstancia de que los compradores sean varios, porque en los contratos, como lo prevee y autoriza el artículo 1495 del C. C., cada parte puede ser de una o de muchas personas.

Lo que el contrato cuestionado revela es la obligación que generó para la parte compradora tiene pluralidad de sujetos porque hay en ella varios deudores, característica determinada por la circunstancia de ser plural esa parte contratante. Y dentro de las tres clases en que jurídicamente se dividen estas obligaciones con pluralidad de personas, conjuntas, indivisibles y solidarias, a esta última especie corresponde, por voluntad convencional expresa, la obligación de que en este litigio se trata, que es la principal que corresponde al comprador de pagar el precio de la cosa vendida en las condiciones estipuladas. Nada se encuentra en la sentencia acusada relacionado con indivisibilidad de esta obligación y hubiera sido impertinente que el problema se tratara desde éste punto de vista por la obligación, en cuyo incumplimiento parcial se basa el ejercicio de la acción resolutoria, no es indivisible, ni a ella son aplicables, por consiguiente, las reglas especiales que gobiernan esta clase de vinculaciones jurídicas. No apoyándose ninguna de las conclusiones del Tribunal en concepto alguno de indivisibilidad, calidad que ni siquiera aparece mencionada en el fallo recurrido, es claro que carecen de procedencia y de utilidad las acusaciones que se enderezan por este aspecto contra la sentencia.

Nada autoriza ni funda tampoco por esta misma razón el cargo de violación del artículo 1582 del C. C. que consagra el

principio de que el ser solidaria una obligación no le da el carácter de indivisible, porque la sentencia no se basa, como ya se dijo, en que la obligación tuviera este último carácter, que jurídicamente proviene de la naturaleza de la deuda que no permitè pago parcial, sino en su calidad de solidaria por convención expresa, cosa que las diferencia sustancialmente, aunque ambas obligaciones se asemejan para el caso en que suponen pluralidad de deudores obligados individualmente al pago total.

En la solidaridad que expresamente aparece pactada en la escritura pública por los tres compradores de pagar el precio al vendedor, lo que determina indivisibilidad de pago, es en lo que se asientan las conclusiones del fallo en estudio. Y en verdad que la obligación de la parte compradora de que aquí se trata, reúne visiblemente los caracteres jurídicos que la hacen solidaria, pues hay pluralidad de sujetos, unidad de prestación de cosa divisible y declaración de las partes contratantes, como fuente creadora de la modalidad *in solidum*.

De la naturaleza peculiar de la solidaridad y de las disposiciones legales pertinentes que la gobiernan se desprenden las consecuencias de legalidad en que se inspira la sentencia de segunda instancia que decretó la resolución demandada, con las prestaciones recíprocas restitutorias y el pago de la indemnización por incumplimiento del contrato. En efecto; del principio jurídico fundamental de la representación recíproca entre los codeudores en beneficio del acreedor, que sirve para explicar los fenómenos de la solidaridad, se deduce lógicamente y como regla general que la mora de uno entraña o conlleva las de los otros obligados y que la culpa de uno compromete la responsabilidad de los otros. La prosperidad de la acción resolutoria legalmente indivisible, con la consiguiente indemnización de los perjuicios, proviene en el caso de estudio de la culpa contractual que cobija solidariamente en sus efectos a todos los codeudores como consecuencia jurídica de la solidaridad,

que por esto no requiere disposición expresa de la ley que así lo ordene. No es posible, como lo pretende el recurrente, descomponer el precio para sacar la conclusión de que los tres obligados a pagarlo, dos cumplieron y uno solo incumplió, porque eso pugna con la noción de la solidaridad y está fuera del planteamiento adecuado del problema.

Los términos inconfundibles en que está consignada en la escritura del contrato la obligación para los tres compradores de pagar el precio como codeudores solidarios le resta todo fundamento y significación a la tesis que plantea la demanda de casación de que cada uno de los compradores Pinzón, Uribe y Mejía tenía como fiadores a los otros para el efecto de poder exigir el pago de cualquiera de los tres, porque si hace referencia a fianza solidaria en que, como en la solidaridad pasiva, responden varios patrimonios de la totalidad de la deuda a elección del acreedor, las consecuencias que van deducidas no varían; y si se quiere hacer referencia a la fianza simple, en que también hay pluralidad de patrimonios responsables pero en que el acreedor sólo puede cobrar subsidiariamente al fiador en virtud del beneficio de excusión, la pretensión del recurrente resulta jurídicamente absurda e incongruente con la realidad literal del instrumento público en que se dejaron inequívocamente expresadas las modalidades especiales de la obligación contraída por los compradores para el pago del precio.

Impertinente es la cita de los artículos 1578 y 1583, numeral 3º del C. C. en sustentación de que la solidaridad pactada para el pago del precio "no puede invocarse para apoyar en ella la resolución de la venta, en caso de que uno de los compradores, por ejemplo, no haya pagado la totalidad del valor de la cuota adquirida por él, ni para condenar en perjuicios al deudor que ha cumplido, porque además de que esto es ininteligible dentro del concepto de la obligación solidaria y de la indivisibilidad de la acción resolutoria, tales preceptos legales se refieren a casos y

ocurrencias diferentes de que es objeto de estudio. En el primero, que limita excepcionalmente los efectos de la solidaridad en la culpa de los codeudores en relación con perjuicios, se contempla y gobierna el caso de que debiéndose por varios deudores solidarios una especie o cuerpo cierto perece éste por culpa o durante la mora de uno de ellos. Esta regla legal, como se ve, no tiene aplicación cuando lo debido es una suma de dinero, o una obligación de género, imperecedera por su naturaleza. El artículo 1583 precitado hace referencia a obligaciones no solidarias ni indivisibles, sino simplemente conjuntas en que cada uno de los acreedores puede sólo exigir su cuota y cada uno de los codeudores es solamente obligado al pago de la suya, para establecer taxativamente los casos en que excepcionalmente son indivisibles estas obligaciones pero sólo para efectos del pago, rigiéndose en todo lo demás por las reglas de las conjuntas o divisibles que corresponden a su naturaleza. El cargo de violación se reduce al ordinal 3º, en que aparece usado con impropiedad el adverbio solidariamente, y reglamentario de casos como el que ocurriría cuando la cosa divisible cuya entrega se debe por varios herederos perece por culpa o hecho de uno de ellos. La consecuencia allí prevista nada tiene que ver con el caso de autos, y por tanto, la violación por el Tribunal de estos textos no es legalmente posible por su evidente impertinencia.

Al final del cargo que se estudia formulan los recurrentes la acusación de que la sentencia es violadora del artículo 1580 "en concordancia con los artículos 956, 1411, 1585 y 1597 del C. C.", porque la sentencia condena a los herederos de Carlos E. Pinzón, entre sí, con los codeudores del causante y a estos también, a cumplir solidariamente las obligaciones que les impone. En relación con este reparo se advierte que como es bien sabido, la solidaridad, que es una modalidad excepcional de las obligaciones, no tiene como fuentes posibles sino la convención, el testamento o la ley, y como no se presu-

me, debe ser expresamente declarada. La sentencia recurrida no da base ni ocasión al ataque por concepto de haber impuesto a los demandados el pago solidario de las prestaciones que declaró en su contra porque no contiene en su parte resolutive ni en su motivación ninguna declaración al respecto. El cargo, pues, carece de objeto en este punto.

Tampoco puede decirse con fundamento que el Tribunal haya quebrantado la norma que determina, modificándolos, los efectos de la solidaridad pasiva en caso de muerte de uno de los codeudores, según la cual la solidaridad subsiste contra el conjunto de los herederos, pero no contra cada uno de ellos aisladamente considerado, de modo que en esta situación particular sólo es responsable de la cuota que corresponda a su porción hereditaria, pues de acuerdo con los términos de la sentencia aparecen condenados, junto con los codeudores Uribe y Mejía, los herederos de Carlos E. Pinzón en su lugar, señalados por sus nombres y en conjunto, de acuerdo con la demanda que los determinó. Los sucesores del comprador difunto responden, entre todos, de las obligaciones que por la resolución del contrato correspondería a aquél, al tenor de la sentencia.

Segundo cargo. Se hace consistir en "que la personería sustantiva de los señores Pinzones Hoyos, como representantes de la sociedad conyugal que existió entre D. Carlos E. Pinzón y doña Adelina Hoyos de Pinzón y como herederos de esta última, no está demostrada como lo requiere la ley, y sin embargo, han sido condenados en su condición de tales", por lo cual han sido vulnerados los artículos 1298, 1299, 1301, 1546, 1568, 1571, 1580, 1583, 1930, y 1934 del C. C.

Se considera.

En los comienzos de esta decisión se dejó dicho que la demanda se enderezó contra Camilo Uribe y Abel Mejía personalmente, y contra Antonio, Carlos, Alberto, María, Sofía, Amelia, Emma y Cecilia Pinzón Hoyos en su condición de representantes de la sociedad conyugal ilí-

quida Pinzón-Hoyos, "y además, como representantes los ocho últimos, de las sucesiones ilíquidas de dichos señores Carlos E. Pinzón y Adelina Hoyos de Pinzón, o sea, como herederos de los expresados Carlos E. Pinzón y Adelina Hoyos de Pinzón". Y se recordó también que la sentencia absolutoria del primer grado fue motivada de manera exclusiva en la circunstancia de no haberse demostrado el fallecimiento de Carlos E. Pinzón ni acreditado que las personas que se señalaron como sus representantes fueran los herederos de ese comprador difunto. Subsanaada esta deficiencia procesal en la segunda instancia, consideró el Tribunal perfecta la personería de los demandados y entró a decidir el fondo del negocio, en la forma ya vista.

No insinúan ninguna duda los recurrentes sobre el hecho de que las ocho personas que en el libelo de demanda se indican como representantes del comprador Pinzón en su calidad de herederos de él reúnen como tales las condiciones que deben llenar para poder ser sujetos de este proceso. "Aun cuando el actor presentó en la segunda instancia —dice la demanda de casación— la prueba de que los señores (los ya nombrados) son herederos de Carlos E. Pinzón, no ha demostrado que estos sean, a la vez, herederos de la señora Adelina Hoyos de Pinzón, carácter con que también han sido demandados..." En estas condiciones, no formulando reparo alguno a la personería de los demandados Pinzón Hoyos como sucesores a título universal de su causante Carlos E. Pinzón, el cargo que se considera carece de operancia en concepto de la Sala, porque la demostración de esta calidad jurídica de herederos, en la cual han intervenido en el litigio, cobija también a los demandados como sucesores a título universal de su madre Adelina Hoyos de Pinzón". "Por lo que hace a la calidad de herederos de la Sra. Adelina y por la cual se demanda también a los hermanos Pinzón —dice la sentencia— si bien es cierto que no figuran en los autos documentos de los cuales se deduzca que fue-

ron reconocidos como sus herederos en el juicio de esta señora, es lo cierto que los citados, de manera tácita aceptaron la herencia y tomaron la calidad de herederos ejecutando actos de tales en virtud de la declaración que hicieron por instrumento público número 1271 de fecha 7 de septiembre de 1937, de la Notaría 2 de Manizales, en donde al otorgar, dispusieron de los bienes herenciales de su madre citando la procedencia para dar el aporte a que se comprometieron al constituir la sociedad de que da cuenta el título acabado de citar. Y dijeron allí los citados Pinzón, que todos estos inmuebles —los aportes— les fueron adjudicados en los juicios de sucesión de sus padres Carlos E. Pinzón y Adelina Hoyos de Pinzón, protocolizados por medio de las escrituras públicas 876 y 1312 de agosto y diciembre del año de 1936. Y no se ejecuta acto de heredero más diciente que disponiendo de la propia herencia, es decir, ejecutando acto que no se hubiera podido consumir sino teniendo la calidad de heredero (artículos 1298, 1299 y 1301 del C. C.).

Ningún reparo fundado puede hacerse a esta conclusión del fallo acusado, que reposa sobre un instrumento auténtico que forma parte del proceso, y contra la cual apenas se formula por los recurrentes la observación sin importancia de que los otorgantes de esa escritura no declaran en ella su calidad de herederos sino únicamente su condición de adjudicatarios en las sucesiones nombradas. En las personas de los ocho demandados, acreditada su calidad de herederos de ambos cónyuges, como se ha visto, se engloban todos los derechos hereditarios, inclusive el patrimonio social conyugal, y la representación de las sucesiones ilíquidas con que han actuado en el juicio satisface plenamente el requisito previo o presupuesto procesal para poder obtener sentencias de fondo sobre las obligaciones que se controvierten correspondientes a Carlos E. Pinzón como comprador codeudor solidario en el contrato consignado en la escritura número 1001 del 6 de mayo de 1925, tras-

mitidas, por causa de su muerte y de la de su viuda, a sus herederos como hijos legítimos.

El cargo, pues, es inválido para destruir o alterar la sentencia.

Tercer cargo. El Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho al apreciar las pruebas sobre pagos del precio de la venta en forma que lo llevaron a concluir que el demandante recibió por ese concepto \$ 29.879.13 en vez de \$ 37.083.33 que monta realmente la suma de las cantidades que le fueron pagadas en diversas oportunidades y formas. Como consecuencia de estos errores fueron quebrantados los artículos 1546 y 1930 del C. C. al declarar resuelto el contrato de que se trata.

Se considera.

Al compendiar la sentencia acusada se hizo la observación de que en torno de esta cuestión del pago del precio, que es la base del pleito y su motivo central, no contó el Tribunal para su estudio y discriminación de pruebas con la cooperación adecuada de las partes, que se limitaron, la actora, a afirmar que el pago del precio no se le había hecho en su totalidad sin expresar guarismos, y los demandados, que no contradijeron en la mejor oportunidad la aseveración de su demandante sobre que estaba parcialmente insoluta su obligación de pagar puesto que no dieron contestación a la demanda ni nada alegaron al respecto en la primera instancia, al alegar de conclusión en el segundo grado, se redujeron a aseverar que "si se revisan los comprobantes que figuran en los cuadernos 4 y 7 y se suman las cantidades entregadas, ya al Banco Alemán-Antioqueño en virtud de la cesión que el señor Tobón le hizo, según carta del 28 de marzo de 1926, ora al mismo señor Tobón por conducto de otros Bancos, como The Royal Bank of Canada, el de Colombia y el Banco de la República y sin contar los giros por conducto del Banco de Londres, a que se refiere la carta de 13 de marzo de 1926, se ve que los deudores pagaron al señor Tobón más de \$ 35.000, que constituía el valor total del contrato cuya resolución se ha pedido te-

merariamente. Lo que ocurre es que el sistema que adoptó el señor Tobón para recibir el valor adeudado y su falta ordenada de contabilidad, ha hecho muy confusas las cuentas y esta confusión le induce al error de creer en el incumplimiento del contrato..."

Dentro de este confusionismo que no permitió a las partes afirmaciones cuantitativas determinadas relacionadas con sus correspondientes comprobantes, realizó el Tribunal el análisis de todas y cada una de las pruebas que fueron traídas al juicio en demostración de pagos, y para dar un punto de apoyo y de partida al estudio de la cuenta, que permitiera hacer una acertada imputación de las partidas relacionadas en desordenados y repetidos certificados bancarios, adoptó como saldo pendiente de la deuda por precio el señalado en carta del 4 de septiembre de 1928, dirigida por el acreedor Tobón al encargado de la sucesión de Carlos E. Pinzón. Dice a este respecto la sentencia:

"Figura en autos la carta del folio 5 del cuaderno número 4 suscrita por Jesús M. Tobón en Bogotá, con fecha 4 de septiembre de 1928, documento presentado precisamente por la parte demandada y no objetado por la parte actora, carta en que el señor Tobón dice a la sucesión de Carlos E. Pinzón que el saldo de las cuentas entre la Empresa Eléctrica de Manizales y los compradores de ella, era hasta el día 31 de octubre del año de 1927 de \$ 20.120.87, según detalle presentado por los mismos deudores. Partiendo de la verdad legal que arroja este comprobante, no objetado ni redarguido en forma alguna y antes bien presentado, como se advierte, por los demandados, acepta el Tribunal para efectos de la comprobación de cuentas, que realmente el saldo a favor de la Empresa de Manizales y a cargo de Pinzón, Uribe y Mejía el 31 de octubre del año de 1927, era el indicado de \$ 20.120.87. Había por tanto pagado la parte demandada hasta esa fecha, \$ 14.869.13".

Establecida esta base, con la firmeza y

certidumbre que corresponde a una cesión, el Tribunal procedió a imputar a la obligación pendiente los pagos parciales que se demostraron con los comprobantes aducidos al efecto y de esta manera llegó a los resultados numéricos que se dejaron expresados. Ninguna prueba —dice la sentencia— dejó de apreciarse ni ninguna partida de imputarse. “Ningún otro comprobante, fuera de los que se han venido enumerando, relaciona pago de ninguna clase y con imputación a la acreencia motivada por la venta hecha por Tobón a los señores demandados. En los cuadernos de pruebas figuran en forma repetida varias partidas pero esto ocurre por la circunstancia de que los giros se hacían de Manizales por conducto de los Bancos de allí a los de esta ciudad; porque unos pliegos relacionan las partidas como giradas y en otros figuran esas mismas partidas contabilizadas por el Banco que pagó; y en fin, porque toda la prueba se reduce a una serie de certificados en donde se relacionan las mismas partidas como giradas, como pagadas, como recibidas o anotadas, etc., etc.”

El cargo, en resumen, se dirige contra el sistema de computación que adoptó el Tribunal y se hace consistir en que se “tomó como base para dicho cómputo la carta de 4 de septiembre de 1928, haciendo caso omiso de lo que aparece demostrado con otras cartas y comprobantes que obran en los autos” y de los cuales aparece que el saldo a que alude dicha carta habiéndose ya pagado el primer contado de \$ 10.000, no se refería a la deuda de \$ 35.000 sino al saldo de \$ 25.000 que quedaban pendientes de la deuda cuando Jesús M. Tobón hizo la cesión de su crédito al Banco Alemán-Antioqueño, de modo que todas las imputaciones que hace la sentencia deben afectar exclusivamente este último saldo y no la cifra total de la obligación por el precio de la venta.

No es aceptable este punto de vista del recurso porque no encuentra respaldo en el proceso. El hecho fundamental en que

se le quiere apoyar —la cesión del actor al Banco— no está demostrado en los autos ni en el fallo ácusado figura ni como mera referencia. Nada autoriza, por otra parte, en el texto de la carta del 4 la conclusión del recurrente porque en ella se habla en forma general del saldo de las cuentas. No se deduce de ella tampoco que el primer contado no hubiera sido satisfecho, porque su cuantía cabe dentro de los \$ 14.869.13 que el Tribunal reconoce como pagados hasta esa fecha. La posterioridad de la citada carta del 4 de septiembre de 1928 en relación con otras en que se hace referencia a la cesión que no se acreditó legalmente, contradice por sí misma esta pretendida enajenación puesto que en el año de 1928 Tobón aparece como dueño del crédito contra los demandados. Aunque no traída en la forma legal al juicio, obra en él una carta de diciembre de 1928 en que los administradores y apoderados de la sucesión de Carlos E. Pinzón le dicen al demandante Tobón que están haciendo gestiones para cancelarle la cuenta “grande y de plazo vencido” que al encargarse de la oficina de la administración han encontrado que se le está debiendo. Este documento alumbró la verdad de que el precio estaba insoluto en parte, contra la tesis de última hora de los demandados que resultan, según ella, pagando más de lo debido. No sobra advertir aquí que los demandados deudores no trajeron al juicio la prueba completa de su excepción de pago en la forma en que pretenden haberlo realizado, como era de su cargo legalmente, sino que se han esforzado en utilizar al efecto la confusión determinada por la falta de ordenada contabilidad del actor.

Como se ve, las acusaciones en estudio, que realmente pueden reducirse a un error de cuenta, buscan apoyarse en meras deducciones y conjeturas en torno de un hecho no establecido en el proceso. Y en estas condiciones, el cargo por error de hecho, que implicaría la manifiesta equivocación de cuenta a la vista de las pruebas apreciadas por el Tribunal, re-

sulta totalmente improcedente, de la misma manera que el error de derecho que se le imputa a la sentencia, por haber concedido mérito de prueba completa a la carta varias veces citada del 4 de septiembre de 1928, traída a los autos por los mismos demandados, en lo cual procedió el Tribunal con sujeción estricta a las normas legales.

Cuarto cargo. El Tribunal violó doblemente y de manera directa el artículo 1932 del C. C. al condenar a los compradores a restituir los bienes de la Empresa Eléctrica de Manizales "junto con todos los frutos naturales y civiles", sin determinar si tales frutos son todos los producidos desde el día de la venta o si sólo es la parte proporcional al precio de la cosa vendida, no pagada por los demandados, y a contar desde la fecha de la notificación de la demanda como corresponde, puesto que para la restitución de frutos hay que considerar a los demandados como poseedores de buena fe.

Se considera.

Elegida por el vendedor la acción resolutoria en caso de no pago del precio por el comprador y pronunciada ésta por sentencia judicial, se producen en general los efectos que corresponden propiamente al cumplimiento de toda condición resolutoria, restituyéndose las partes mutuamente todo lo que han recibido o percibido por motivo del contrato, en las condiciones y con el alcance especialmente determinados en el artículo 1932 del C. C. Debiéndose en consecuencia restituir las cosas al estado en que las partes se encontrarían si no hubieran celebrado la convención, dispone el citado precepto, en materia de frutos, que el comprador debe restituirlos con la cosa, en su totalidad si ninguna parte del precio pagó, o en la proporción que corresponda si sólo pagó algo. Efectivamente la sentencia recurrida se limitó a declarar contra los compradores demandados la obligación restitutoria de los frutos sin limitación ninguna, y aunque podría pensarse que la proporcionalidad a que se ha hecho referencia por haberse pagado en este caso parcial-

mente el precio se produce por ministerio de la ley, considera sin embargo la Sala que conviene introducir esta modalidad condenatoria en la parte resolutoria de la sentencia, y con este objeto la casará parcialmente.

Para la liquidación de cuentas a que dan lugar entre los contratantes las restituciones recíprocas que deben hacerse por virtud de la resolución, el comprador ha de considerarse, por expresa disposición de la ley, como poseedor de mala fe, como una consecuencia natural del hecho de ser culpable del incumplimiento, "a menos que pruebe haber sufrido en su fortuna, y sin culpa de su parte, menoscabos tan grandes que le hayan hecho imposible cumplir lo pactado". La calidad de la fe en el comprador incumplido no afecta temporalmente su obligación en materia de frutos porque el caso se gobierna especial y exclusivamente por la regla del artículo 1932 citado que se refiere a la totalidad de los frutos con relación a la fecha del contrato, con la limitación ya vista en caso de pago parcial, y estableciendo de esta manera una excepción a la norma general del artículo 1545 del C. C. que dispone que no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio cuando se verifique una condición resolutoria.

Segundo motivo de casación. En breves líneas finales de la demanda se acusa la sentencia del Tribunal por el segundo de los motivos que señala el artículo 520 del C. J. y se hace consistir la incongruencia en que el fallo omitió decidir sobre prescripción de la acción que el representante de Emma Pinzón de Arango y Amelia Pinzón de Toro propusieron oportunamente, con lo cual violó el sentenciador los artículos 2536 y 2538 del C. C., porque en la venta contenida en la escritura pública número 1001 de 6 de mayo de 1925 se comprendieron varios bienes muebles, y en relación con éstos la acción está prescrita.

Se considera.

Esta última acusación por fallo omiso, en la que se han involucrado ilegalmente

circunstancias relativas a violación legal que no la producen ni le sirven de apoyo adecuado, carece también de fundamento. No teniendo las excepciones perentorias otro objeto y fin que destruir o enervar la acción ejercitada, las cuestiones que las constituyen sólo imponen su consideración para el efecto de la absolución o la condena que de su apreciación se derive. De este modo, la sentencia condenatoria deja resuelto el litigio en toda su extensión porque lleva implícita la declaración sobre falta de fundamento de la excepción propuesta, sin necesidad de ninguna declaración especial al respecto. Esto, sin tener en cuenta la improcedencia de la defensa alegada, visible a su sola enunciación, por contraria a la unidad contractual y a la indivisibilidad de la acción resolutoria.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de

la ley, casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 10 de julio de 1940, en el sentido de declarar que la obligación a cargo de los demandados de restituir frutos, a que se refiere el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia, sólo se debe en la proporción que corresponda a la parte del precio que no fue pagada por los compradores, al tenor del artículo 1932 del C. C.

En todo lo demás queda vigente.

No hay lugar a condenación en costas.

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

Isaías Cepeda — José Miguel Arango.
Liborio Escallón — Fulgencio Lequerica
Vélez—Ricardo Hinestrosa Daza — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Secretario en ppad.

CHEQUES — ENDOSO EN BLANCO — TENEDOR EN DEBIDA FORMA DE UN INSTRUMENTO NEGOCIABLE — CONDICIONES QUE SE REQUIEREN PARA SERLO—
ENDOSO AL COBRO — CLAUSULAS DE ADHESION

1. La obligación que impone el artículo 63 de la ley 46 de 1923 al girador está condicionada por la calidad del endoso. Las obligaciones que impone ese artículo están limitadas, naturalmente, por el carácter del endoso que se haya hecho del cheque y por las condiciones que reúna el tenedor de él, de acuerdo con el artículo 55 de la misma ley. Endosado el cheque por el tenedor, y hecho el endoso en blanco por el hecho de poner al dorso del instrumento su firma, se convierte por este hecho el instrumento, que en un principio se giró a la orden, en instrumento al portador. Esta conversión de un instrumento al portador está autorizada por el artículo 13 de esa ley, que, preceptúa que un instrumento negociable es pagadero al portador cuando el único o el último endoso es en blanco, ya que la firma del endosante, sin palabras adicionales, es endoso suficiente de acuerdo con el artículo 34. El endoso en blanco no especifica endosatario, y el instrumento así endosado es pagadero al portador y puede transferirse por la entrega (artículo 37). — 2. Para que un tenedor de un instrumento negociable lo sea en debida forma, se requieren cuatro condiciones: 1ª Que el instrumento sea completo y regular en su forma exterior. 2ª Que se adquiera antes de haber pasado la fecha del vencimiento sin noticia de que haya sido previamente rechazado. 3ª Que lo tome de buena fe y por un valor. 4ª Que al tiempo de negociarlo no tenga noticia de ningún vicio en el instrumento o en el título de la persona que lo negoció.

3. De acuerdo con el artículo 26 de aquella ley, se presume que todo instrumento negociable ha sido expedido en consideración a un valor, y por valor entiende la ley cualquier causa suficiente para la validez de un contrato (artículo 27). — 4. El endoso al cobro es restrictivo y para que él constituya al endosatario en agente del endosante, se hace indispensable que en el cuerpo del cheque se haga uso de alguna expresión que manifieste la voluntad del endosante de convertir al endosatario en su agente. Esta doctrina está consagrada no solamente en opiniones de tratadistas sino en legislaciones positivas, como en Francia, donde se consideraba hace pocos años que el endoso en blanco importa una comisión de cobranza, jurisprudencia desaparecida después de la reforma introducida por la ley de 8 de febrero de 1922 que preceptúa que el endoso opera la transferencia del título y sólo importa comisión de cobranza cuando tal ha sido la voluntad de las partes, claramente manifestada. La cláusula de los bancos según la cual "los cheques son aceptados en depósito por cuenta y riesgo del endosante hasta que el pago se haya efectuado y recibido por este banco", es una condición puesta por el banco para salvaguardar sus intereses, que modela el contrato de cuenta corriente pasado entre la institución bancaria y el consignante, pero que no se refiere en ningún caso al contrato de endoso, ni tiene por fin adicionarlo o modificarlo. La condición impuesta por el banco al cuenta-correntista de que los cheques

son aceptados en depósito por cuenta y riesgo del consignante, hasta que el pago se haya efectuado, es una estipulación de adhesión, si se quiere, entre endosante y endosatario, a la cual es perfectamente extraño el girador. La nota antedicha no puede considerarse como un valor al cobro, porque, si se atiende a la costumbre bancaria, los establecimientos de crédito no se ocupan, en el giro ordinario de sus negocios, de cobrar cheques por cuenta del beneficiario; no tienen oficina especial para estos menesteres, ni cobran comisión alguna al cuenta-correntista cuando abonan en el haber de su cuenta el monto del cheque consignado en ella, al paso que si tienen oficinas especiales para el cobro de los otros instrumentos negociables, retribuyendo por este servicio una comisión, que paga el dueño del instrumento. En la práctica, los bancos no cobran en dinero el valor de los cheques que sus clientes consignan en sus respectivas cuentas corrientes, se limitan a remitir el cheque a la oficina de compensación para saldar las deudas que pueden tener con otros establecimientos bancarios. Si esa cláusula implicara un endoso al cobro, el banco obligado por ella tendría que cobrar el cheque en dinero efectivo, no lo podría mandar a la oficina de compensación para cancelar sus deudas propias, pues bien puede suceder que al hacerse la compensación el banco no reciba dinero en pago del cheque, o que apenas reciba una parte de él lo que está indicando que el endoso no es para el cobro, porque si lo fuese, el banco no podría compensar con él sus acreencias para con otros bancos. En la oficina de compensación no se saldan las cuentas o deudas del endosante ni del girador, quienes nada tienen que ver en las operaciones que efectúa la oficina de compensación, a las cuales son perfectamente extraños. Bien puede suceder que el

banco, ni cobre el cheque, ni siquiera lo envíe a la oficina de compensación, sino que lo negocie directamente con un tercero, operación lícita y correcta que no podría efectuar si fuese un comisionista únicamente al cobro, porque el mandatario no puede cambiar la finalidad que el mandante le haya dado al instrumento negociable, sin extralimitar el mandato o incurrir en culpa civil. En una palabra, por el hecho de que el banco endosatario desatienda el contenido de la cláusula, no descarga al girador de las obligaciones que contrajo al girar el cheque, de acuerdo con el artículo 63, pues sería insólito que el banco que hace honor a la firma del girador, por su solvencia y honorabilidad, al cubrir el cheque antes de que su valor sea pagado por el banco girado, descargara al girador de sus obligaciones, para quien así honró su firma y que el girador pudiera alegar, como excepción, la cláusula contenida en el recibo de consignación que tuvo por objeto primordial, no la calificación del endoso, sino fijar modalidades especiales al contrato de cuenta corriente pasado entre el banco y el endosante, al cual es completamente extraño el girador. Otro aspecto de la cuestión es el de que abonado el valor del cheque a la cuenta corriente del girado por el banco, éste se convierte en tenedor en debida forma de acuerdo con el artículo 27 de la citada ley.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, junio diez y siete de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor José Miguel Arango).

Antecedentes

A causa de las relaciones comerciales entre Jaime Isaza Villa y Gustavo Londoño, aquél giró a favor de éste, en 28 de

abril de 1934, un cheque por la suma de cuatro mil cuatrocientos pesos (\$ 4,400), contra el Banco de Bogotá, cheque que Londoño endosó al Banco Alemán Antioqueño y lo consignó allí.

El mismo día de la consignación, Londoño giró contra el Banco Alemán Antioqueño dos cheques: uno por setecientos cincuenta y cinco pesos (\$ 755) y otro por tres mil seiscientos cincuenta pesos (\$ 3,650). El Banco Alemán Antioqueño envió el cheque de Isaza Villa al canje. El Banco de Bogotá lo recibió y lo perforó con esta leyenda: "Pagado". Esto ocurrió el dos de mayo de 1934, y ese mismo día, dicho banco lo devolvió con una nota al reverso que dice: "No se paga este cheque por haber recibido oportunamente orden del girador en tal sentido".

En vista de que el cheque en mención no fue pagado, el banco perjudicado promovió juicio ejecutivo contra el girador y en él se declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación. El Banco Alemán Antioqueño no satisfecho con esta decisión, estableció el presente juicio ordinario, para que por sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones, como principales:

"Que se revisen los fallos de excepciones a que se refiere esta demanda y en su lugar se declare: a) Que el señor Jaime Isaza Villa debe al Banco Alemán Antioqueño la suma de cuatro mil cuatrocientos pesos (\$ 4,400) y sus intereses corrientes desde el 28 de abril de 1934 hasta que se verifique el pago, capital e intereses que debe pagar en el plazo que le señale la sentencia; y

b) Que si afrontare la litis debe pagar las costas y gastos de ella".

Subsidiariamente: "1º Que el Banco Alemán Antioqueño es tenedor en debida forma y por consiguiente acreedor del girador Jaime Isaza Villa por la suma de cuatro mil cuatrocientos pesos (\$ 4,400) e intereses corrientes desde el 28 de abril de 1934 hasta que se verifique el pago, de acuerdo con el cheque número 51885 y de la fecha indicada, girado por el señor Isa-

za Villa contra el Banco de Bogotá y endosado por G. Londoño al Banco Alemán Antioqueño; y

2º Que en consecuencia de la declaración anterior el expresado Jaime Isaza Villa debe pagar al Banco Alemán Antioqueño la indicada suma de pesos cuatro mil cuatrocientos (\$ 4,400), con sus intereses corrientes desde la fecha del giro hasta que se verifique el pago y las costas de este juicio todo dentro del plazo de seis días o en el que señale la sentencia".

Decisiones de Primero y Segundo Grado

El Juez 3º Civil del Circuito de Medellín, quien conoció de este asunto en primera instancia, le puso término con el fallo de 6 de diciembre de 1938, concebido en estos términos:

"1. El señor Jaime Isaza Villa debe al Banco Alemán - Antioqueño la suma de cuatro mil cuatrocientos pesos (\$ 4,400) y sus intereses corrientes desde el 28 de abril de 1934 hasta que se verifique el pago. Esta suma la pagará el señor Isaza Villa al demandante, seis días después de ejecutoriada esta providencia, y

"2. Sin costas".

El Juez para condenar al demandado, consideró que el Banco Alemán-Antioqueño era un tenedor en debida forma del cheque en cuestión, porque lo había recibido de buena fe y por un valor, condiciones éstas que el demandado conceptúa que no se han llenado en el presente caso. Además, para reforzar su argumentación, el Juez asentó que si al principio el Banco poseía el cheque valor al cobro, cuando admitió los giros de que luego se hablará, dio por él un valor, cosa que no está prohibida por la ley: dar valor a un cheque que en un principio se recibe valor al cobro, o sea por cuenta y riesgo del endosante.

El Tribunal de Medellín, que conoció de este negocio en grado de apelación, no compartió la tesis jurídica del Juez, y por ello revocó la sentencia de primera instancia y absolvió al señor Isaza Villa de

los cargos formulados por el Banco Alemán-Antioqueño.

Los fundamentos de esta decisión son, en síntesis los siguientes:

“Cuando el banco demandante recibió el cheque girado por Isaza, y endosado por Londoño, mediaron dos convenciones: Una cambiaria y otra de confianza, se hizo un endoso en blanco regular y perfecto en la forma exterior; pero en privado hubo sólo un endoso al cobro, porque así lo demuestran la voluntad de las partes (el recibo expedido por el banco) y la costumbre comercial debidamente comprobada en el expediente”.

Para el Tribunal, pues, el banco demandante no es tenedor en debida forma, apenas recibió el cheque como valor al cobro y por consiguiente no puede intentar acción contra Isaza Villa en ese carácter.

Recurso de casación.

El Banco Alemán-Antioqueño interpuso recurso de casación contra el proveído del Tribunal de Medellín. La Corte lo admitió, y hoy, agotada la correspondiente tramitación, se estudian los motivos alegados para fundamentar el recurso.

En cuatro puntos o capítulos basa el recurrente sus objeciones al fallo recurrido, así:

CAPITULO I. — Obligaciones del girador del cheque.

Respecto de este capítulo dice el recurrente, que el Tribunal violó el artículo 63 de la ley 46 de 1923, sobre instrumentos negociables, y para sustentar su acusación razona así:

De acuerdo con el artículo 63 que establece que “el girador por el hecho de girar el instrumento admite la existencia del beneficiario y su capacidad para endosarlo, a tiempo de hacer el giro, y se obliga a que a su debida presentación el instrumento será aceptado o pagado o ambas cosas, de acuerdo con su tenor literal, y a que si fuere rechazado y se practicaren las debidas diligencias de pro-

testo, pagará el monto de tal instrumento al tenedor o a cualquier endosante posterior que pueda ser obligado a pagarlo. Pero el girador puede insertar en el instrumento estipulaciones especiales para desconocer o limitar su propia responsabilidad para con el tenedor”.

Aplicando esta norma jurídica al caso en estudio, arguye el recurrente, es evidente que el señor Isaza Villa, girador del cheque consignado por Londoño en su cuenta del Banco Alemán-Antioqueño, está obligado a pagar al banco demandante como tenedor del cheque el monto de ese instrumento con los intereses y recargos legales, una vez que el girado, o sea el Banco de Bogotá, lo rechazó; y como el Tribunal en su sentencia acusada desconoce esa obligación legal del demandado, es claro que ha violado, por infracción directa, la disposición sustantiva del artículo 63 de la ley 46 de 1923, que se ha copiado.

CAPITULO II. — Derechos del tenedor del cheque.

Estátuyen los artículos 54, 59 y 60 de la ley de instrumentos negociables, lo siguiente:

“Artículo 54. El tenedor de un instrumento negociable puede exigir judicialmente el pago en su propio nombre, y el pago que se le haga en debida forma descarga el instrumento”.

“Artículo 59. El tenedor en debida forma posee el instrumento libre de todo defecto en el título de las partes anteriores a él y libre de excepciones que puedan proponerse dichas partes entre sí, y puede exigir el pago por el monto total contra todas las partes obligadas”.

“Artículo 60. Un instrumento negociable en manos de un tenedor que no lo sea en debida forma, está sujeto a las mismas excepciones que si no fuera negociable. Pero un tenedor que derive su derecho de otro en debida forma, y que no haya tenido parte en ningún fraude o ilegalidad que afecte el instrumento, tiene todos los derechos de dicho anterior tenedor res-

pecto de todas las partes anteriores a él".

Los reparos que el recurrente le hace al fallo por estos aspectos, pueden sintetizarse así: Al tenor de estas normas legales, el tenedor de un cheque puede exigir judicialmente el pago en su propio nombre contra todas las partes obligadas, y entre ellas, desde luego contra el girador, sin que puedan oponérsele las excepciones que las partes tengan para alegar entre sí; y basta que un tenedor derive su derecho de otro que lo haya sido en debida forma, para que pueda ejercitar los privilegios que la ley asigna a ese primer tenedor contra todas las partes anteriores a él, una de las cuales lo es el girador del cheque.

Los derechos del tenedor del instrumento son incondicionales y absolutos, como puede verse con la simple lectura de las disposiciones copiadas, y a obtener su eficacia para el caso en estudio, se encaminó la acción promovida por el Banco Alemán-Antioqueño contra el señor Jaime Isaza Villa. El Banco, en efecto, como está demostrado y aceptado por todos, es tenedor mediante endoso en blanco y entrega del cheque que le hizo el beneficiario señor Gustavo Londoño del cheque número 85, serie 518, por la cantidad de cuatro mil cuatrocientos pesos (\$ 4.400), girado por el señor Jaime Isaza Villa contra el Banco de Bogotá de Medellín. Dicho cheque lleva la constancia de haber sido rechazado por el banco girado por orden del girador, todo lo cual está aceptado por el demandado; luego el banco tiene pleno derecho legal de exigir judicialmente el pago del monto total del cheque al girador de él.

Como la sentencia del Tribunal de Medellín niega al demandante los derechos que le confieren, sin limitación, los arts. 54, 59 y 60 atrás copiados, viola por infracción directa esas disposiciones.

CAPITULO III. — Derechos del endosatario al cobro.

Por esta faz sostiene el recurrente que el Tribunal violó el numeral 2º del artícu-

lo 40 de la citada ley, y los artículos 54, 59 y 60 ya citados, por cuanto el fallo del Tribunal de Medellín, en su base fundamental, considera que el endoso del cheque girado por Isaza Villa se hizo únicamente como valor al cobro, y de ahí deduce que el Banco no es tenedor en debida forma y que por lo tanto no le puede cobrar a Isaza Villa el monto del instrumento.

Para el recurrente, esta base fundamental de la sentencia acusada no se justifica jurídicamente hablando, porque el artículo 40 reza:

"El endoso restrictivo confiere al endosatario los siguientes derechos:

1. Recibir el pago del instrumento;
2. Ejercitar cualquier acción que pudiera hacer valer el endosante;
3. Transferir sus derechos como endosatario, cuando la forma del endoso lo autorice para hacerlo".

Admitida hipotéticamente la teoría del Tribunal, arguye el recurrente, de que se trata solamente de un endoso del cheque como valor al cobro, el Banco Alemán-Antioqueño como endosatario del instrumento tiene el derecho pleno conferido por la ley, de ejercitar la acción de cobro del monto del cheque, puesto que ese derecho nadie lo ha negado ni desconocido al beneficiario o endosante, señor Londoño.

El Tribunal en su sentencia, concluyó erróneamente, que el Banco no era tenedor en debida forma por ser un simple endosatario al cobro, y a ese mismo endotario al cobro le negó el derecho que la ley le confiere explícitamente en el artículo copiado, de ejercitar las acciones propias del endosante. Con esa conclusión se violaron los artículos 54, 59 y 60 y principalmente el numeral 2º del art. 40.

CAPITULO IV. — Contra-ordenación del cheque.

No se tomarán en cuenta las argumentaciones del recurrente para fundamentar este capítulo de acusación, porque la sentencia del Tribunal no consideró este as-

pecto de la cuestión. Se limitó, como se ha visto a desatar la litis basado en las premisas de que el Banco Alemán-Antioqueño no era tenedor en debida forma, y que el endoso hecho por el señor Londoño, si en un principio fue un endoso en blanco, se convirtió en endoso al cobro en virtud de la nota marginal puesta en el recibo de consignación.

Estudio de los motivos alegados en casación.

La acusación relativa a la violación del artículo 63 de la ley 46 de 1923, no puede considerarse independientemente. Ella, en el presente caso está íntimamente ligada con la violación de los artículos 35, 37, 39 y numeral 2º del artículo 40 de la citada ley, porque la obligación que impone el artículo 63 al girador, está condicionada por la calidad del endoso, como luego se verá. Se estudiarán en consecuencia conjuntamente, los reparos relativos a la violación de esas disposiciones.

Urge, para examinar por todas sus facetas los motivos de casación sometidos hoy al fallo de la Sala, traer a la memoria los principios generales de derecho cambiario, que orientan y regulan nuestra institución legal sobre instrumentos negociables, anotando los hechos demostrados en el proceso y puntualizando las obligaciones y derechos que surgen forzosamente de aquellos.

Isaza Villa giró a favor de Londoño y en contra del Banco de Bogotá de Medellín, el cheque número 85. Por este hecho contrajo las obligaciones que se señalan en el artículo 63 de la ley en cita; obligaciones que están limitadas, naturalmente, por el carácter del endoso que se haya hecho del cheque, y por las condiciones que reúna el tenedor de él, de acuerdo con el artículo 55 de allí.

Londoño endosó al Banco Alemán Antioqueño el cheque girado por Isaza Villa, y lo endosó en blanco por el hecho de poner al dorso del instrumento su firma, convirtiendo por este hecho el instrumen-

to, que en un principio se giró a la orden, en instrumento al portador. Esta conversión de un instrumento a la orden en instrumento al portador, está autorizada por el artículo 13 de la mencionada ley, que preceptúa que un instrumento negociable, es pagadero al portador cuando el único o último endoso es en blanco, ya que la firma del endosante, sin palabras adicionales, como sucede en el caso de autos, es endoso suficiente de acuerdo con el artículo 34.

El endoso en blanco no especifica endosatario, y el instrumento así endosado es pagadero al portador y puede transferirse por la entrega. (Artículo 37).

Estos hechos así escuetos, obligarían, de acuerdo con los preceptos citados, al señor Villa a cubrirle al Banco Alemán-Antioqueño el valor del cheque endosado por Londoño, pero Villa para descargarse de estas obligaciones alega que el Banco no es tenedor en debida forma, y que el endoso no fue un endoso en blanco sino un endoso al cobro.

En seguida se examinarán estas objeciones del opositor.

Para que un tenedor de un instrumento negociable lo sea en debida forma, se requieren cuatro condiciones: 1. Que el instrumento sea completo y regular en su forma exterior. 2. Que se adquirió antes de haber pasado la fecha del vencimiento sin noticia de que hubiera sido previamente rechazado. 3. Que lo tomó de buena fe y por un valor, y 4. Que a tiempo de negociarlo no tuvo noticia de ningún vicio en el instrumento o en el título de la persona que lo negoció.

Las partes no discuten respecto de las dos primeras y de la última condiciones del tenedor en debida forma. Considera el demandado opositor, que el banco no tomó el cheque por un valor, ni de buena fe.

La presunción de buena fe que ampara a todo poseedor o tenedor de un instrumento negociable, protege al Banco Alemán-Antioqueño, porque de autos no aparece la prueba de que esa entidad tuvie-

ra conocimiento, cuando recibió el cheque de manos de Londoño, que él tuviera un origen turbio, como pretende el demandado, ni se ha tratado de comprobar siquiera que Londoño hizo uso de maniobras indelicadas, para conseguir que Isaza Villa le girara el cheque, materia de esta controversia, y menos aún, que el banco tuviera conocimiento de esas maniobras, si acaso las hubo.

De acuerdo con el artículo 26, se presume que todo instrumento negociable ha sido expedido en consideración a un valor, y por valor entiende la ley, cualquier causa suficiente para la validez de un contrato. (Artículo 27).

La presunción del artículo 26 favorece al Banco Alemán-Antioqueño, quien recibió el cheque por un valor; y ese valor, en el caso de autos, no es otra cosa que el fenómeno de cuenta corriente bancaria existente entre el señor Londoño y el banco endosatario. Este convenio es causa suficiente para que se considere el cheque recibido por un valor.

Esto es lo razonable y legal, porque los particulares que no tienen abierta en una institución bancaria, lo que comercialmente se ha venido designando con el nombre de "cuenta corriente", no pueden presentarse allí para que sus cheques sean consignados en ella. Tiene que mediar un contrato antelado o por lo menos coexistente con el momento en que se hace la consignación.

De lo anterior se deduce, en tesis general, que el Banco Alemán-Antioqueño es tenedor en debida forma, pero esta presunción es contradicha por el demandado opositor, haciendo valer el argumento de que el cheque fue endosado valor al cobro, y que por consiguiente el endosatario quedó constituido en un simple agente del endosante.

Es un hecho notorio y no discutido por las partes, que el cheque girado por Isaza Villa lo fue a la orden del señor Londoño; que ese instrumento a la orden se convirtió por el endoso en blanco, que es el endoso reducido a su más simple expresión, en un instrumento al portador

ya que la firma del endosante al respaldo del cheque, sin palabras adicionales, como sucede al presente, es endoso suficiente (artículo 34), y ese instrumento, en su origen a la orden y convertido en instrumento al portador por el endoso en blanco, debe ser pagado al portador, como lo preceptúa el artículo 31, en su numeral 5°.

El endoso al cobro es restrictivo y para que él constituya al endosatario en agente del endosante, se hace indispensable que en el cuerpo del cheque se haga uso de alguna expresión que manifieste la voluntad del endosante de convertir al endosatario en su agente.

Este concepto está respaldado con la autoridad de expertos tratadistas sobre derecho cambiario, y así Arturo Davis expone:

"Un endoso regular no puede transformarse, por la exclusiva voluntad del legislador en endoso o comisión de cobranza. Para ello es indispensable que las partes lo digan en forma inequívoca, ya sea por medio de la locución "Valor al cobro" u otra equivalente".

El profesor Víctor Cock, basado en comentaristas americanos a la ley de aquel país, de donde se tomó la nuestra, al estudiar el numeral 2 del artículo 39 se expresa así:

"El caso del numeral 2° ocurre principalmente cuando el endoso se hace exclusivamente para el cobro del instrumento (For Collegting). Por ejemplo: Páguese al Banco X, que lo cobrará por mi cuenta. (Fdo.). En tal caso, o bien usando otras expresiones similares, el Banco X será un agente o mandatario para presentar el documento y recibir el pago de él por cuenta de A, quien, a pesar del endoso mencionado continuará siendo el propietario del instrumento.

"Por otra parte, un endoso hecho en la forma dicha equivale a una notificación hecha al público en general, es decir, a cualquier persona que trate con el endosatario de que éste es un simple agente del endosante, y que tal endosante continúa como propietario del instrumento".

Lo anterior sobre el endoso al cobro no es sólo opiniones de tratadistas y doctrina de los Tribunales, sino que está consagrado en legislaciones positivas, como en Francia, donde se consideraba hace pocos años que el endoso en blanco importa una comisión de cobranza, jurisprudencia que desapareció después de la reforma introducida por la ley de 8 de febrero de 1922, que preceptúa que el endoso opera la transferencia del título, y sólo importa comisión de cobranza cuando tal ha sido la voluntad de las partes, claramente manifestada.

El artículo de la ley francesa prescribe:

“La cláusula o valor en cobro u otra equivalente, agregada al endoso, lo transforma en una simple comisión de cobranza”.

No puede remitirse a duda que el cheque endosado por Londoño al Banco Alemán-Antioqueño, lo fue por un endoso en blanco, pues al respaldo de él sólo aparece la firma del endosante sin adición alguna.

Pero repara el opositor que al consignar Londoño el cheque en cuestión en el Banco Alemán-Antioqueño, se sometió a las cláusulas contenidas al margen de los talonarios o recibos de consignación de dicho banco, que así rezan:

“NOTA: Cheques son aceptados en depósito por cuenta y riesgo del endosante, hasta que el pago se haya efectuado y recibido por este banco”, lo que está indicando que el cheque se endosó valor al cobro y no en blanco, de acuerdo con la nota transcrita.

A esta objeción del opositor se replica:

La nota que figura en el talonario o recibo de consignación, es una condición puesta por el banco para salvaguardar sus intereses, que modela el contrato de cuenta corriente pasado entre la institución bancaria y el consignante, pero que no dice relación en ningún caso al contrato de endoso, ni tiene por finalidad adicionarlo o modificarlo. La condición impuesta por el banco al cuenta-correntista, de que los cheques son aceptados en depósito por cuenta y riesgo del consignante,

hasta que el pago se haya efectuado, es una estipulación de adhesión, si se quiere, entre endosante y endosatario, a la cual es perfectamente extraño el girador.

La nota antedicha no puede considerarse como un endoso al cobro, porque, si se atiende a la costumbre bancaria, los establecimientos de crédito no se ocupan, en el giro ordinario de sus negocios, de cobrar cheques por cuenta del beneficiario; no tienen oficina especial para estos menesteres, ni cobran comisión alguna al cuenta-correntista cuando abonan en el haber de su cuenta el monto del cheque consignado en ella, al paso que sí tienen oficinas especiales para el cobro de los otros instrumentos negociables, reedituando por este servicio una comisión, que paga el dueño del instrumento. En la práctica, los bancos no cobran en dinero el valor de los cheques que sus clientes consignan en sus respectivas cuentas corrientes, se limitan a remitir el cheque a la oficina de compensación para saldar las deudas que puedan tener con otros establecimientos bancarios.

Si la cláusula atrás transcrita implicara un endoso al cobro, el banco obligado por ella tendría que cobrar el cheque en dinero efectivo, no lo podría mandar a la oficina de compensación para cancelar sus deudas propias, pues bien puede suceder que al hacerse la compensación, el banco no reciba dinero en pago del cheque, o que apenas reciba una parte de él, lo que está indicando, que el endoso no es para el cobro, porque si lo fuere, el banco no podría compensar con él sus acreencias para con otros bancos. En la oficina de compensación no se saldan las cuentas o deudas del endosante ni del girador, quienes nada tienen que ver en las operaciones que efectúa la oficina de compensación, a las cuales son perfectamente extraños.

Bien puede suceder que el banco, ni cobre el cheque, ni siquiera lo envíe a la oficina de compensación, sino que lo negocie directamente con un tercero, operación lícita y correcta que no pudiera efec-

tuar si fuera un comisionista únicamente al cobro, porque el mandatario no puede cambiar la finalidad que el mandante le haya dado al instrumento negociable, sin extralimitar el mandato e incurrir en culpa civil.

Hay un hecho probado de autos, que según el opositor, va contra la cláusula estampada en el recibo de consignación, cual es el que el Banco Alemán-Antioqueño antes de que el cheque fuese pagado por el Banco de Bogotá, cubrió dos cheques girados por Londoño, por un monto equivalente a la cantidad del cheque girado por Isaza Villa, procedimiento violatorio de la costumbre comercial.

Ya se ha dicho que la cláusula en mención sirve para salvaguardar los intereses del banco; que a ella es perfectamente extraño el girador, y que si el banco desatiende la cláusula dicha y paga el valor del cheque antes de que el banco girado haya efectuado el pago, ese procedimiento sólo puede perjudicar al banco, no al girador. Mejor dicho, por el hecho de que el banco endosatario desatienda el contenido de la cláusula, no descarga al girador de las obligaciones que contrajo al girar el cheque, de acuerdo con el art. 63, pues sería insólito que el banco que hace honor a la firma del girador, por su solvencia y honorabilidad, al cubrir el cheque antes de que su valor sea pagado por el banco girado, descargara al girador de sus obligaciones, para quien así honró su firma y que el girador pudiera alegar, como excepción, la cláusula contenida en el recibo de consignación que tuvo por objeto primordial, no la calificación del endoso, sino fijar modalidades especiales al contrato de cuenta corriente pasado entre el banco y el endosante, al cual, el girador es completamente extraño. Y cabe advertir que la cláusula del talonario de consignación, cumplida o no por el banco endosatario, no perjudica a ninguna de las personas que intervinieron en el negocio del instrumento, sino únicamente al banco.

El hecho apuntado de haber pagado el Banco Alemán-Antioqueño cheques gira-

dos por Londoño antes de que el Banco de Bogotá hubiera cubierto el cheque girado por Isaza Villa a favor de Londoño, enrumba el problema jurídico hacia otro extremo contemplado en la disposición del artículo 28, que manda que en cualquier tiempo que se haya dado un valor a cambio del instrumento, el tenedor es considerado como tal, en consideración a un valor, respecto de todas las partes que intervinieron con anterioridad a él, lo que quiere decir que el Banco Alemán-Antioqueño debe considerarse por este aspecto como tenedor en debida forma.

También está demostrado que el Banco Alemán-Antioqueño abonó a la cuenta corriente de Londoño el valor del cheque girado a su favor por Isaza Villa, y en esta ocurrencia, los comentaristas consideran que el banco es un tenedor en debida forma.

Al respecto se expresa así el comentarador Cock:

“De acuerdo con el artículo 27 si, por ejemplo, se da en cambio de un pagaré otro pagaré, este último pagaré se considera como causa suficiente por razón de la existencia del anterior. Asimismo, si el cliente de un banco entrega a éste un cheque girado por otra persona a su favor y el banco lo abona a la cuenta de su cliente en la cual había un sobregiro, es preciso considerar al banco como tenedor por valor del cheque en cuestión, con derecho a cobrarlo como tal”.

Los doctores Arturo Salazar Grillo y José María Arango G. en su estudio sobre instrumentos negociables, dicen:

“Los bancos que reciban instrumentos para el cobro se reputan tenedores en consideración a un valor, no solamente cuando han hecho avances sobre ellos, sino en los demás casos, por razón de las responsabilidades futuras que del hecho de recibir tales instrumentos les pueden sobrevénir”.

En relación con los artículos 25 y 37 de la ley americana, que corresponden a los 27 y 40 de nuestra ley, que definen lo que se entiende por consideración a un valor y los derechos que en endoso restrictivo

concede al endosatario, el señor Brannan en su estudio *The negotiable Instruments Laws-Annotated (Fourth Edition)*, cita los siguientes casos:

“La nota de crédito en los libros del Banco no constituye por sí sola pago de una consideración de valor, pero el giro por cheque de una parte considerable de la cantidad acreditada, sí lo constituye.

“Un cliente que deposita cheques o giros contra otros bancos en su banco, el que le concede por esto crédito en una cuenta general contra la cual puede girar cheques, transfiere de esta manera el título sobre los cheques o sobre los giros al banco, convirtiéndolo en su deudor por la cantidad que le ha sido acreditada, a menos que haya estipulación en contrario”.

En Inglaterra se ha fallado en el mismo sentido, y en la obra dicha se cita la siguiente doctrina:

“Cuando el beneficiario de un cheque lo consigna en su banco, el cual le acredita la cantidad de la consignación, el banco se convierte en un tenedor en debida forma.

“En el caso del *National Bank of Commerce V. Bossemeyer* se falló que la mejor doctrina es que el depósito de un cheque o de un giro en un banco con un endoso general y cuando se ha otorgado crédito sobre su cantidad al depositante, a falta de otras pruebas sobre la intención de las partes, transmite título al banco, y lo hace un tenedor en debida forma, y el hecho de que el banco pueda contra-acreditar el valor del giro, si no es pagado, no afecta este estado de cosas, aunque existiera la costumbre entre el

girador y el banco, no conocida por la otra parte, que los giros depositados lo eran solamente para el cobro y que el demandado es responsable con el demandante”.

La exposición anterior impele a la Sala a quebrar el fallo del Tribunal Superior de Medellín, por haber violado las disposiciones citadas en la demanda de casación, en el concepto allí expresado; advirtiéndolo como cosa inusitada e irregular la circunstancia de no haberse hecho en la sentencia, la cita de ninguna disposición legal; y al entrar a fallar en instancia, son suficientes las razones antes expuestas para confirmar el fallo de primer grado, pronunciado por el Juez 3º del Circuito de Medellín.

Por lo dicho la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA:

1. Infírmase la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín, el doce de julio de mil novecientos cuarenta.
2. Confírmase en todas sus partes el fallo proferido por el Juez 3º Civil del Circuito de Medellín de fecha seis de diciembre de mil novecientos treinta y ocho, y
3. No se hace condenación en costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango.
Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Secretario en ppad.

ACCION DE NULIDAD DE UNA SENTENCIA — ETICA JURIDICA—REVALIDACION
DE PAPEL SELLADO — JURISDICCION

1. Elemental precepto de ética jurídica prohíbe alegar las propias faltas o culpas para convertirlas en fuente o motivo de provecho personal. Hay entonces una ilicitud en la causa petendi que expresa el aforismo: *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. — 2. La renuencia a revalidar el papel común utilizado en la actuación, por la parte a quien le correspondía suministrar el papel sellado, no constituye motivo de incompetencia de jurisdicción por parte del Juez o Tribunal para seguir conociendo del juicio. El fenómeno de la jurisdicción no puede nunca tener ocurrencia en el caso previsto en el artículo 351 del C. J., que se relaciona únicamente con el propósito del legislador de evitar las demoras y paralizar las acciones en el proceso judicial, estableciendo una sanción de carácter fiscal para el litigante renuente en suministrar el papel hábil para la actuación. El deber que impone a la parte recurrente el artículo 351 del C. J. tiene como único fin evitar retardos y demoras en la secuela de los procesos. Pero la renuencia a cumplir tal obligación no constituye nulidad de lo actuado ni menos puede dar origen a una incompetencia de jurisdicción. El Juez o Tribunal no pierde la jurisdicción por el incumplimiento de tal precepto que, se repite, tiene una calidad exclusivamente fiscal y por objeto evitar el estancamiento de las acciones judiciales. — 3. La jurisdicción es un fenómeno íntimamente vinculado al poder soberano del Estado, que desea repartir convenien-

temente la facultad de administrar justicia entre los diversos funcionarios y organismos del Organismo Judicial, teniendo en cuenta el factor territorial y las jerarquías que es necesario establecer en el ejercicio de una función tan sustantiva y trascendental como ésta. Las normas sobre jurisdicción son de orden público y de imperioso cumplimiento para el éxito y la operancia del debate judicial; de ahí que originen un presupuesto judicial que debe estudiarse el juzgador previamente, para pronunciarse sobre él, ya oficiosamente, ora en virtud de petición de parte interesada, antes de entrar a fallar el litigio. — 4. El artículo 6º del Código Civil contiene una proposición jurídica que se refiere única y exclusivamente a las nulidades sustantivas de que puedan adolecer los actos de la vida civil cuando al ejecutarlos o celebrarlos se violen normas también sustantivas que los reglamentan, señalan sus requisitos intrínsecos o extrínsecos y fijan su alcance.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Civil — Bogotá, junio diez y ocho de mil novecientos cuarenta y uno. (Magistrado ponente: doctor Fulgencio

Lequerica Vélez).

Antecedentes

Sirven de antecedente a este pleito los siguientes hechos que se transcriben del libelo de demanda:

"A)—En el juicio ordinario del señor

Emiliano Grillo contra los señores Fernando Anzola y Sofía Toro de Anzola se dictó sentencia absolutoria de los demandados, por el juez de la primera instancia, el 28 de julio de 1933".

"B) De esa sentencia apeló únicamente la parte demandante, quien tuvo en el Tribunal de Bogotá, por ese motivo, el carácter de actor en la segunda instancia".

"C) Al negocio se le dio en la segunda instancia la tramitación que le convenía hasta dictarse el auto de citación para sentencia; con señalamiento de día y hora para oír a las partes en audiencia pública, que fue el día 9 de mayo de 1934".

"D) La audiencia se celebró el día señalado y a ella concurren las dos partes contendoras, quienes hicieron uso de sus respectivos derechos; y terminada que fue la audiencia se hizo constar la diligencia en una hoja de papel común que no fue estampillada".

"E) Dentro de los tres días siguientes a la audiencia y haciendo uso del derecho que concede el artículo 763 del C. J., el actor presentó un extracto de sus alegaciones orales que fue admitido; y vencido ese término el negocio pasó a la Sala del Magistrado para sentencia sin que se hubiese estampillado la hoja de papel común invertida".

"F) El Tribunal Superior de Bogotá, al dictar la sentencia de 14 de junio de 1934, sin que previamente se hubiera estampillado la hoja de papel común invertida en la constancia de haberse celebrado la audiencia pública en ese juicio, obró contra expresa prohibición de la ley".

"G) El Tribunal Superior de Bogotá, al admitir el extracto de las alegaciones orales del actor en la audiencia pública del juicio, sin que previamente se estampillara la hoja de papel común invertida, obró contra ley expresa e incurrió con el acto ejecutado y la sentencia que profirió después, en las sanciones establecidas por el artículo 6º del C. C."

"H) El Juez Primero del Circuito de Facatativá no pudo, sin violar el artículo

351 del C. J., proferir su fallo de 27 de noviembre de 1934, sin que previamente se estampillara la hoja de papel común invertida en la audiencia celebrada en el Tribunal Superior".

"I) Ni el Tribunal Superior ni el Juez tuvieron jurisdicción para adelantar el juicio de que se viene tratando, mientras la parte actora no consignara en estampillas de timbre nacional el doble del valor del papel sellado que ha debido emplear".

"J) La demanda en un juicio ordinario contiene las peticiones formales del actor y la sentencia del Juez la manera como se atienden estas peticiones".

Juicio ordinario.

En libelo que se repartió al señor Juez 2º Civil del Circuito de Facatativá, el señor Emiliano Grillo demandó en vía ordinaria, por medio de apoderado judicial, al doctor Fernando Anzola y a la señora Sofía Toro de Anzola, suplicando se hicieran estas declaraciones:

"1ª La nulidad de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá con fecha 14 de julio de 1934, dictada en el juicio ordinario de reivindicación promovido por Grillo contra el doctor Anzola y su esposa Sofía Toro de Anzola, ante el Juez Civil del Circuito de Facatativá.

"2ª La nulidad de la sentencia proferida en el mismo juicio por el Juez 1º del Circuito de Facatativá el 27 de noviembre de 1934, y consecuentemente la de la actuación posterior a esa sentencia.

"3ª Que se decrete la cancelación de toda inscripción que de esas sentencias se hubiere hecho en el registro.

"4ª Que se condene a los demandados al pago de las costas del presente juicio en caso de oposición".

El señor juez del conocimiento desató la controversia por medio de sentencia fechada el 31 de mayo de 1937, en la cual absuelve a los demandados y condena en costas al actor.

Motivó el juez su resolución en que durante la primera instancia el demandan-

te no adujo prueba alguna, ni siquiera copia de la sentencia cuya nulidad solicita, y anotó además que, conforme al nuevo Código Judicial, solamente hay lugar a declarar la nulidad de un juicio o parte de él, cuando la parte no fue legalmente notificada o emplazada o no estuvo legalmente representada; y ninguna de estas causales se invoca en el libelo que encabeza este juicio.

La sentencia acusada.

Del anterior fallo del juez a quo apeló la parte actora para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y practicadas las pruebas solicitadas, tal entidad cerró la segunda instancia en sentencia fechada el 27 de junio de 1940, que confirma en todas sus partes la providencia de primer grado.

Como quiera que el actor da como fundamento de la acción incoada y de la consiguiente petición de nulidad de las dos sentencias, la incompetencia de jurisdicción, para desechar esta tesis razona el Tribunal de esta manera:

La sentencia es el objeto y fin del pleito, de donde se sigue que para dictarla válidamente el Juez o Tribunal debe tener la competencia o facultad legal necesaria para administrar justicia, en el caso sometido a su decisión. La incompetencia de jurisdicción es causal de nulidad en todos los juicios, según términos del artículo 448 del C. J., y ella puede declararse en cualquier estado del juicio, antes de que se dicte la sentencia, según mandato del artículo 456 *ibídem*. Una vez dictada la sentencia definitiva, sólo cabe alegar las causales de nulidad que taxativamente enumera el artículo 457 del mismo Código, y entre éstas no figura la de incompetencia de jurisdicción. Por tanto, si los hechos invocados por el demandante como generadores de incompetencia de jurisdicción para dictar los fallos que pretende nulos, constituyeran en verdad causales de nulidad por dicha causal, la acción sería extemporánea.

Sigue argumentando el Tribunal que la

simple omisión del juzgador en advertir al renuente de la obligación en que está de revalidar el papel que se ha empleado en actuaciones que han debido atenderse en papel sellado, o la misma violación de la prohibición legal de oírlo durante su renuencia, no pueden considerarse como causales determinantes de incompetencia de jurisdicción en el juzgador. Una y otra omisión se sancionan con penas de carácter fiscal, según el artículo 351 del C. J. y 22 de la Ley 20 de 1923. Y es bien sabido que en materia de sanciones no es lícito al juzgador aplicar doble pena a una misma infracción. La nulidad es otra especie de sanción, y por ello, si se accediera a las pretensiones del demandante en este juicio, se violaría ese sano principio.

Agrega el Tribunal que la jurisprudencia de la Corte ha fijado, en repetidas decisiones, el alcance doctrinario del art. 351 del C. J., doctrina que en ningún caso conduce a declarar la incompetencia de jurisdicción.

EL RECURSO.

Se alza en casación la misma parte actora y acusa la sentencia del Tribunal por el motivo primero de los consagrados en el artículo 520 del C. J., o sea, por ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, ya por infracción directa, ora por aplicación indebida e interpretación errónea de la misma ley. Los cargos que formula contra dicho fallo pasan a enumerarse.

Primer cargo. La sentencia del Tribunal es violatoria de los artículos 6° del C. C. y 351 del C. J. Dice el recurrente que el artículo 6° del C. C. estatuye que en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Agrega que el artículo 351 del C. J. tiene establecido que la parte recurrente no es oída en el juicio mientras no consigne en estampillas de timbre nacional el doble del valor del papel sellado que ha debido emplearse. Si como dice Escriche la jurisdicción es la facultad en cuya vir-

tud ejerce el juez su oficio, y si el Tribunal reconoce que la sentencia es el objeto y fin del pleito, el remate definitivo del procedimiento, es necesario convenir que la prohibición contenida en el artículo 351 del C. J. priva de esa jurisdicción mientras no se cumplan las condiciones previstas. Por lo tanto, al proceder de distinto modo el Tribunal, ha violado los artículos mencionados.

Segundo cargo. El Tribunal incurrió en error de derecho al considerar que tratándose de la sentencia, objeto y fin del procedimiento civil, ni al Tribunal ni al Juez alcanzaban las prohibiciones establecidas en el artículo 351 del C. J. Error evidente desde luego que habiéndose llevado a cabo toda la tramitación que correspondía al juicio, era de rigor respetar la prohibición que entrañaba una suspensión de jurisdicción, de que no podían usar sino cuando desapareciera el caso previsto en el artículo 351.

El Tribunal ha violado la ley haciendo razonamientos extraños al punto que se debate, pues si está prohibido al juez o magistrado oír a la parte renuente, eso basta y es suficiente para que no se pueda proferir sentencia mientras no se remueva el obstáculo pagando los derechos fiscales correspondientes. Con ese procedimiento el Tribunal ha violado los arts. 6º del C. C. y 351 del C. J.

Tercer cargo. El Tribunal incurrió en error de hecho al confundir, como lo hizo, el artículo 351 del C. J. con el 22 de la Ley 20 de 1923 considerándolos armonizables para el caso que se viene tratando.

Sostiene el recurrente que el primero de esos artículos autoriza el uso de papel común en las actuaciones; pero empleada una o más hojas en sentencia o diligencia, viene para el juez o magistrado la prohibición de oír, que no guarda ninguna similitud con el caso que contempla el artículo 22 de la Ley 20 de 1923.

La ley no ha dicho qué pena tiene el juez o magistrado que oye a la parte sin haber suministrado las estampillas de que trata el artículo 351; pero si el acto que en esa forma se ejecuta, violando una

prohibición legal, es un acto civil, no es posible privarlo de la sanción que establece el artículo 6º del C. C. En consecuencia, el Tribunal ha violado los arts. 6º del C. C. y 351 del C. J.

Estudio de los cargos.

A. El argumento básico del actor y recurrente estriba en sostener que tanto el Tribunal como el Juzgado carecían de jurisdicción para dictar las providencias judiciales cuya nulidad se suplica en este nuevo proceso, porque el actor en aquel juicio y apelante no revalidó oportunamente una hoja de papel común que se utilizó para dejar constancia de la diligencia de audiencia pública celebrada en la segunda instancia.

Antes de entrar en el fondo de la cuestión, anota la Corte que fue el demandante en aquel juicio reivindicatorio, señor Grillo, quien debió suministrar el papel sellado para la diligencia de la audiencia pública, porque como apelante que era asumió el puesto de actor en la segunda instancia; y es el mismo señor Grillo quien en este segundo proceso solicita la nulidad de las dos providencias dictadas en aquel juicio, fundado en que no se revalidó oportunamente la hoja de papel común mencionada. Aparece claro y manifiesto el hecho de que el mismo litigante que incurrió en culpa por omisión, en el deber de suministrar el papel sellado necesario para la actuación, quiere ahora aprovecharse de su propia falta o descuido para obtener por medio de ella, o con alegación exclusiva de su existencia, la nulidad de lo actuado en aquel pleito con posterioridad a la susodicha omisión. Bien sabido es que un elemental precepto de ética jurídica prohíbe alegar las propias faltas o culpas, para convertirlas en fuente o motivo de provecho personal. La ilicitud de la causa aparece manifiesta y es de rigor aplicarle al actor y recurrente en este juicio el viejo aforismo de que nadie puede alegar una culpa en su propio beneficio: *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

B. Entrando ahora en el fondo de la

cuestión, rechaza la Corte la tesis del recurrente, de que la renuencia en revalidar el papel común utilizado en la actuación, por la parte a quien le correspondía suministrar el papel sellado, constituya motivo de incompetencia de jurisdicción por parte del Juez o Tribunal para seguir conociendo del juicio.

Si de conformidad con la misma cita que hace el recurrente de la definición de Escriche "jurisdicción es la potestad de que se hallan investidos los jueces para administrar justicia, o sea, para conocer de los asuntos civiles o criminales o así de unos como de otros", tal fenómeno no puede nunca tener ocurrencia en el caso previsto en el artículo 351 del C. J., que se relaciona únicamente con el propósito del legislador de evitar las demoras y paralizar las acciones en el proceso judicial, estableciendo una sanción de carácter fiscal para el litigante renuente en suministrar el papel hábil para la actuación. La jurisdicción es un fenómeno íntimamente vinculado al poder soberano del Estado, que desea repartir convenientemente la facultad de administrar justicia entre los diversos funcionarios y organismos del Organismo Judicial, habida consideración al factor territorial y a las jerarquías que es necesario establecer en el ejercicio de una función tan sustantiva y trascendental como ésta. Las normas sobre jurisdicción son de orden público y de imperioso cumplimiento para el éxito y la operancia del debate judicial; de ahí que originen un presupuesto judicial que debe estudiar el juzgador previamente, para pronunciarse sobre él, ya oficiosamente, ora en virtud de petición de parte interesada, antes de entrar a fallar el litigio.

El deber que impone a la parte recurrente el artículo 351 del C. J. tiene como única finalidad evitar retardos y demoras en la secuela de los procesos. Pero la sanción a la renuencia en cumplir tal obligación no es, ni ha sido intención del legislador que sea, la nulidad de lo actuado con posterioridad a la utilización del pa-

pel común, ni menos puede dar origen a una incompetencia de jurisdicción. El Juez o Tribunal no pierde la jurisdicción por el incumplimiento de tal precepto, que, se repite, tiene una calidad exclusivamente fiscal y por objeto evitar el estancamiento de las actuaciones judiciales. La jurisdicción permanece inalterable dentro de su orden geográfico y jerárquico; tan sólo la parte no podrá ser oída en adelante, mientras no cumpla la sanción fiscal. Basta leer el texto alegado para rechazar esa conclusión del recurrente, que únicamente consagra la sanción de que si la parte obligada no suministra el papel que le corresponde, no es oída en el juicio mientras no suministre en estampillas de timbre nacional el doble del valor del papel sellado que ha debido emplearse.

La intención del legislador, al imponer tal sanción, fue indudablemente la de que no se ocasionara perjuicio a nadie, como puede verse en el siguiente aparte de la exposición de motivos de la Comisión del proyecto de Código: "Este sistema tiene la ventaja de que evita los retardos y demoras que suelen ocurrir en los juicios por el motivo indicado, sin causar perjuicio a nadie" (subraya la Corte).

Si, pues, el legislador no ha querido asignarle a la sanción impuesta en el art. 351 el efecto trascendental que pretende el recurrente, es impertinente la pretensión de que su transgresión origina incompetencia de jurisdicción. (Véanse sentencias de casación de 2 de mayo de 1936, G. J. N° 1932, pág. 16, y de agosto 25 de 1936, G. J. N° 1917, pág. 328).

C.—Fuera de lo dicho, conviene advertir que la incompetencia de jurisdicción es causa de nulidad procesal en todos los juicios, según mandato del artículo 448 del C. J.; puede declararse en cualquier estado del proceso, antes de que se dicte sentencia definitiva, al tenor del artículo 457 íbidem. Pero una vez dictada sentencia definitiva, sólo cabe alegar en juicio separado las causales de nulidad que taxa-

tivamente enumera el artículo 457 del mismo Código, y entre éstas no figura la de incompetencia de jurisdicción. Coincide la Corte, por lo expuesto, con la conclusión del Tribunal de que aun en el caso supuesto de que los hechos invocados por el demandante como generadores de incompetencia de jurisdicción constituyeran en realidad motivos de nulidad por dicha causal, la acción sería extemporánea.

No hay tampoco violación, por ningún concepto, del artículo 6º del C. C., porque ese precepto contiene una proposición jurídica que se refiere única y exclusivamente a las nulidades sustantivas de que puedan adolecer los actos de la vida civil, cuando al ejecutarlos o celebrarlos se violen normas también sustantivas que los reglamentan, señalan sus requisitos intrínsecos o extrínsecos y fijan su alcance. Por ningún aspecto puede aceptarse que en el caso de autos se esté en presencia de un caso semejante, lo que hace impertinente la cita de esa norma.

Resalta de lo antes expuesto que no existe violación, por ningún concepto, de los textos legales citados; ni menos se ha incurrido en error de derecho al considerar que ni al Tribunal ni al Juez alcanzaban las prohibiciones establecidas en el

artículo 351 del C. J. Tampoco incurrió el Tribunal en error de hecho por confundir, como lo pretende el recurrente, el artículo 351 del C. J. con el 22 de la Ley 20 de 1923.

Se rechazan los tres cargos formulados a la sentencia.

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 Bogotá el día veintisiete de junio de mil novecientos cuarenta, que ha sido materia de este recurso.

Las costas del recurso serán de cargo del recurrente.

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

Isaías Cepeda — José Miguel Arango.
Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa
Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Secretario en ppad.

PERJUICIOS. — RESPONSABILIDAD POR CULPA. — COSTAS.

La condenación en costas es una consecuencia de la apreciación que en conciencia hace el sentenciador sobre la temeridad de la demanda o de la oposición y, por lo mismo, no está bajo la enmienda de la Corte en el recurso de casación.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Va a decidirse el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que falló en segunda instancia el juicio ordinario seguido en la primera en el Juzgado 1º Civil de este Circuito por el señor Miguel Macías, mediante apoderado, contra el doctor Gerardo Torres a fin de que se declare: "1º Que éste es responsable por su hecho u omisión culpable de las inundaciones a que ha estado sujeta una finca de mi poderdante denominada Catama, situada en jurisdicción del Municipio de Funza, alinderada. . . . 2º Que el demandado debe responder a mi mandante de los perjuicios que se han causado, que se causan actualmente y que se seguirán causando por virtud de la declaración anterior". Pidió igualmente condena al pago de los perjuicios.

La demanda se presentó el 22 de junio de 1938.

Sus hechos fundamentales son: 1º el demandante es propietario de Catama; 2º esta finca está bordeada y limitada al oriente por el río Bogotá; 3º el demandado es propietario de Islandia, finca ubicada en Funza y limitada al oriente por

ese río y al norte en toda su extensión por Catama; 4º ambas fincas están defendidas contra las avenidas del río, como todas las que éste baña, por un terraplén o camellón que impide las inundaciones en invierno; 5º estos camellones tienen a trechos compuertas para el riego en verano; 6º las de Catama, así como su camellón, se encuentran en perfecto estado, sin filtraciones; 7º se hallan en pésimo estado algunas de las compuertas de Islandia, en especial la de su potrero La Chucua, desde antes de comenzar el invierno que la demanda califica de actual (junio de 1938), de modo que esa compuerta deja pasar por su base grandes cantidades de agua desde que las lluvias hicieron subir un poco el nivel del río; 8º el agua salida por la compuerta rota inunda parte de Islandia y en seguida, por el desnivel del terreno, los potreros de Catama, de los cuales se hallan cubiertos por las aguas con varios metros de espesor como ochenta fanegadas; 9º desde antes de ese invierno el actor advirtió al demandado los peligros de ambas propiedades si éste en lo de su cargo no reparaba camellones y compuertas; pero Torres no lo hizo; 10º estaban pastados y listos para ganado de ceba antes de la inundación los potreros de Catama cubiertos ahora por las aguas; 11º si no hubiera sido por la negligencia del demandado, esos potreros no estarían inundados y su dueño, que habría aprovechado los pastos, no tendría que esperar talvez por años hasta que se sequen; 12º secos los potreros por bombeo o evaporación, será preciso sembrarles pastos nuevos y esperar su desarrollo para volver a aprovechar la tierra inundada; 13º Macías se ha ajustado a las Ordenanzas Departamentales sobre terraplenes y compuertas

y por eso tiene aseguradas éstas y protegida su propiedad contra las crecientes del río completa y eficazmente, y de lo contrario, las haciendas de esa región estarían inundadas.

Invocó los artículos 2341 y siguientes del C. C. como fundamento de derecho. Presentándose como dueño de Catama y no habiendo comprobado esta calidad, el Juzgado, declarando la excepción correspondiente, pronunció sentencia absoluta el 8 de agosto de 1939, con costas para el actor y sin lugar a considerar los problemas referidos.

Apeló de ese fallo Macías y comprobó su dominio, por lo cual el Tribunal, surtida la tramitación del caso, al sentenciar el 22 de octubre de 1940, entró en el fondo y, como estimó demostrados, tanto el daño sufrido por el actor como la culpa del reo, declaró a éste civilmente responsable de los perjuicios causados por la inundación de mayo de 1938 en Catama y lo condenó a pagar a Macías por perjuicios la suma que se fija al tenor del artículo 553 del C. J. y de las bases sentadas a tal fin en la sentencia, la que, además, declaró no probadas las excepciones opuestas por el demandado y lo condenó en las costas de la primera instancia.

La demanda de casación formula los siguientes cargos dentro del motivo 1º de los del artículo 520 del C. J.

I. Error en la apreciación de las escrituras públicas y certificado de registro sobre Islañdia y consiguiente violación, por haberlos dejado de aplicar, de los artículos 1783, 1789, 1790, 1805 y 1806 del C. C., en cuanto se acogió la demanda dirigida contra el doctor Torres como dueño de esa finca, en vez de declarar la excepción correspondiente al hecho de no ser dueño, porque cuando se compró esa finca existía ya la sociedad conyugal nacida de su matrimonio con la señora María Antonia Barreto de Torres, lo que indica que la adquisición no fue de él, sino de esa sociedad, y porque, además, ese inmueble en parte subrogó un bien pro-

pio de la señora enajenado durante el matrimonio.

Se considera:

Es obvio que para deducir contra una persona responsabilidad por omisión, se requiere en primer lugar que sobre ella pese la obligación de ejecutar el acto omitido. Así, por ejemplo, si en el presente caso el omiso hubiera sido un dependiente o peón de la hacienda y contra él se hubiera incoado la demanda, por obra de la excepción consiguiente, o sea, la de no ser el obligado a responder, quedaría absuelto. Pero el demandado ha sido el doctor Torres y la demanda, si bien de paso lo señala como dueño, se dirige contra él en su calidad de obligado a lo que omitió y como personalmente responsable del daño causado por esa culpa suya. Está acreditado en el proceso que él cuando ocurrió la omisión y el daño y desde antes en largo tiempo estaba al frente de la hacienda; de suerte de considerársele como dueño y que así lo veía y tenía que considerar su vecino y actual demandante.

De otro lado, ese concepto quedó ratificado para Macías y establecido en el proceso con todas sus consecuencias pertinentes, por el mismo doctor Torres al contestar la demanda como lo hizo, pues afrontó el pleito sobre ese pie y se opuso a las peticiones del libelo, no en manera alguna por estar mal dirigida la demanda contra él, sino por otras razones que implican la aceptación de aquel concepto, como la de haber provisto él a la reparación de la compuerta, la de deberse la inundación a la creciente del río, la de haber contribuido a aquella las aguas lluvias depositadas y las infiltraciones del terraplén, y el haber mediado igualmente el descuido del dueño de Córcega, finca contigua y de nivel superior. Por eso al oponerse a esas solicitudes fundadas en que él tuvo la culpa de la inundación de Catama, aludiendo a aquello agrega: "cuando la realidad es otra".

Y al contestar los hechos fundamentales dijo en lo pertinente lo que para ma-

por precisión se transcribe: "3º Es verdad que soy propietario de la finca Islandia"; "4º Es verdad que mi finca Islandia se encuentra defendida por un terraplén o jarillón contra las avenidas del río...; como los terrenos adyacentes al río son más bajos y el terreno es arenoso, la inundación se produce no sólo por las filtraciones del agua del río sino también por las aguas lluvias que se depositan..." "5º Es cierto que mi predio tiene tales compuertas..."; "7º Una de mis compuertas, por causa de la fuerza del río, sufrió un pequeño deterioro por donde se filtró un poco de agua, la que comtuve por medios que demostraré en el término probatorio del juicio, sin que esta pequeña porción de agua haya producido inundaciones"; "8º Mi terreno es más bajo que el de la finca situada al norte..." (Ha subrayado la Sala).

Afrontó, pues, el doctor Torres el pleito en esta forma y sobre esta base quedó trabada la litis.

Aunque ello bastaría para la fijación del presupuesto procesal y de uno de los elementos de éste tan importante como es la calidad que se atribuye o con que se señala al demandado para dirigir contra él, así, la acción, no sobra agregar que sobre ese mismo pie formuló él su alegato de conclusión en la primera instancia, en el cual presenta varios reparos contra la demanda, ninguno de ellos por haberse dirigido contra persona distinta de la obligada a responder, sino otros que, por el contrario, dan por sentado que ella no está mal dirigida, como son: que no precisa la inundación y se refiere en general a inundaciones y extendiendo el reclamo hasta por las futuras, por éstas también lo inculpa; que le imputa una culpa que no es suya sino del río con sus crecientes, de las lluvias al depositarse, de las infiltraciones del camellón y del concurso que a la acción del río agregó lo sucedido en Córcega. Y si en ese alegato se refiere a linderos de Islandia, es en el concepto de que se le demandó como dueño y de que, siendo ne-

cesarios los linderos de una finca para determinarla, al no expresarlos la demanda, dejó de establecer la causalidad, o sea, "el vínculo entre el propietario y la cosa con que se produjo el daño, mediante la especificación de linderos". (Cdno. 1º, Fol. 17 vuelto).

Claro es que si el juicio versara sobre la finca para reivindicarla, por ejemplo, el reparo se justificaría; pero versa sobre algo muy distinto, la acción es personal y si se dirige contra el doctor Torres es señalándolo como autor del daño.

Al tomarse nota de que al contestar manifestó él ser dueño de Islandia, no se significa que su confesión se reputa prueba de tal dominio. Simplemente se reconoce que asumió una calidad jurídica que implica su responsabilidad personal y lo señala como la persona contra la cual precisamente tenía que dirigirse la acción.

En fuerza de todas estas consideraciones, se halla inoperante e improcedente el cargo.

Cabe añadir esta reflexión: aun dando por aceptadas las conclusiones que el recurrente deduce de las aludidas pruebas sobre el dominio de Islandia en relación con el matrimonio del demandado para establecer si esa hacienda es o no de él en todo o en parte, de aquella aceptación no se deduciría éxito en su cargo contra la sentencia, dada la clase de la acción que se ejerce y dada la forma como el litigio se planteó por el actor y se afrontó y aceptó por el reo.

II. Violación de los artículos 1º y 7º de la ley 28 de 1932, según los cuales uno y otro cónyuge son administradores de la sociedad conyugal, por lo cual, según el recurrente, se les desoyó en una sentencia que condena al marido, único demandado, en vez de declarar por esto la ilegitimidad de la personería de esta parte.

Las razones expuestas para rechazar el cargo 1º bastarían para hacer otro tanto con el 2º. Se agrega esta otra consideración: según el citado artículo 2341, "el que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro, es obligado a la in-

demnización", y según el artículo 2343, "es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos". Si el doctor Torres, como se ha visto, estaba obligado a la reparación vigilante de la compuerta y si omitió los actos conducentes a ese fin, es el responsable, sin lugar a que su matrimonio y la consiguiente existencia de una sociedad conyugal puedan valer para exonerarlo.

III. Violación de los artículos 2341 y 2342 del C. C., indebidamente aplicados por error en la apreciación de las pruebas que tuvo en cuenta el Tribunal, así como por el en que incurrió dejando de apreciar otras que demuestran que Torres no es el responsable de un perjuicio debido a causa ajena a él.

Cita el recurrente para justificar el cargo varias declaraciones de testigos, ya para sostener que son inaceptables en lo afirmado contra Torres, ya para realzar lo que en favor de éste dicen otros, en especial lo relativo al descuido del dueño de Córcega.

Releídos cuidadosamente esos testimonios, no se halla justificado el reparo. Se rindieron en legal forma, los testigos dan la razón de su dicho y son todos presenciales, varios de ellos declaran sobre el terreno y en vista de lo inundado, del camellón y de la compuerta respectivos. Así se estableció el mal estado de ésta y el hecho de que por ella se entró el agua a Catama. También establecieron la advertencia o reclamo de Macías a Torres antes del invierno para prevenir los daños mediante esa reparación oportuna.

En igual sentido en lo tocante a mal estado de la compuerta, entrada del agua por ella a Catama, así como a que lo compacto del camellón no daba lugar a infiltraciones y a que las aguas lluvias al depositarse en Catama en lo correspondiente a lo que cayera sobre esta finca no puede tomarse como causa de la inundación. obra también la inspección ocular practicada en la segunda instancia.

El descuido del dueño de Córcega, aun dándole por probado, no justificaría el

cargo tampoco, sino más bien agravaría la negligencia del doctor Torres, en cuanto aumentaría el riesgo implicado en la creciente del río por sí sola y directamente considerada.

En todo caso, aquel descuido no exculpa el del doctor Torres. Por otra parte, salta a la vista la diferencia que habría desde el punto de vista jurídico entre la situación establecida en el proceso y la que, aunque idéntica en lo material, se habría producido si Torres, escuchando la previsiva solicitud de su vecino, hubiera-provisto en oportunidad a la reparación de la compuerta y a pesar de esto y de una conducta suya prudente y diligente, hubiera sobrevenido la inundación.

La circunstancia de que los testigos no precisan con fechas la inundación sobre la cual declaran, no es reparo aceptable, entre otras razones porque deponen en forma que no deja duda sobre que se refieren a las crecientes de mayo de 1938, que es, por otra parte, a lo que en especial se refiere el demandante con toda claridad, no sólo al formar su haz probatorio, sino desde su demanda misma, aunque en algún pasaje de ésta hable de inundaciones en general y, como lo censura el demandado, se extienda hasta el futuro. Ello es que quedó debidamente precisada y singularizada aquélla, que es cabalmente a la que se concreta la sentencia recurrida.

Se rechaza, pues, este otro cargo.

IV. Violación de los artículos 2594 y 750 del C. Civil y 222 del Judicial, así aquél, por prescindir de una alinderación indispensable, en cuanto se demanda a Torres como dueño de un inmueble (Islanidia); el siguiente, por darlo por dueño sin serlo, y el último, por haber admitido una demanda defectuosa y haberla tenido como base suficiente y firme de un fallo.

Se considera:

Como ya se vio, el doctor Torres está demandando en acción personal como responsable del daño sufrido, cuya indemnización es la materia del pleito; el Tribunal

no le deduce responsabilidad en calidad de dueño, sino por su culpa por omisión de un acto que era de su cargo; y en cuanto a la demanda, ya se vio cómo se formula en realidad, así como se vio sobre qué pie se trabó y desarrolló el litigio.

El Tribunal no incurrió en las equivocaciones que a este respecto le atribuye el recurrente. Por el contrario, expuso claramente lo que sobre ellos ocurre, y así dice: "Los documentos que se han citado prueban plenamente que el demandado tenía a su cuidado y vigilancia la finca Islandia. No porque se afirme en el hecho tercero de la demanda que el doctor Torres es propietario de tal finca, puede sostenerse que se le demanda por tener tal calidad." Y adelante agrega: "No se demanda, pues, por los daños causados por una cosa inanimada. En realidad, no existe responsabilidad por el hecho de las cosas, sino una responsabilidad del hombre porque guarda mal una cosa; de ahí que la responsabilidad del propietario desaparezca cuando la cosa no está a su cuidado o al de uno de sus dependientes". E insistiendo sobre la clase de personería del doctor Torres, entra a analizar varias pruebas que acreditan lo dicho, anteponiendo estos conceptos: "No solamente con la confesión del demandado y de los documentos analizados se desprende que obraba en calidad de dueño y así tomaba todas las medidas que creyera oportunas, sino que vienen a fortalecer estas pruebas las declaraciones de los testigos".

Se rechaza, pues, el cargo.

V.—Violación de los artículos 597 del C. J. y 60 de la ley 63 de 1936 por estimar el dictamen pericial sin haber quedado completa su tramitación y sin constar el pago de los honorarios de los expertos.

Dos partes distintas pueden hallarse en el dictamen de cada uno de los peritos que intervinieron en la aludida inspección ocular, a saber: el avalúo de los perjuicios y, de otro lado, el concepto sobre hechos pertinentes a la inundación.

El avalúo fue rechazado por el Tribu-

nal; de suerte que la fijación de la respectiva cantidad la remitió a la ejecución de la sentencia, en la que señaló bases y líneas al efecto (C. J., artículos 480 y 553).

Ese rechazo determina por sí solo la imprudencia del cargo sobre el citado artículo 60, el cual, al exigir el comprobante del pago a los peritos se refiere, no a todo dictamen pericial, sino sólo a los avalúos.

Aunque esta reflexión basta, no sobrá una referencia al fallo de 19 de agosto de 1938, que estudió y comentó aquella disposición (G. J., Tomo XLII, páginas 52 y 53).

Respecto de la tramitación del referido dictamen, en relación con el cargo de no habérsela concluido en oportunidad, se observa: es verdad que el traslado de él se ordenó y la citación para sentencia se pronunció en sendos autos de una misma fecha, que fue el 4 de diciembre de 1939; pero las notificaciones se hicieron en fechas distintas que respectivamente fueron de siete y doce de los mismos mes y año; y así se tiene que para cuando el auto de citación para sentencia entró a producir efecto (artículo 327, ibídem), habían transcurrido los tres días de ley (artículos 719 y 720, ibídem), para que el Juez oficiosamente ordene o las partes soliciten ampliación, explicación o fundamentación del dictamen o lo objeten, y no consta orden, solicitud o gestión en tales sentidos.

Así, pues, no hay razón para afirmar que el Tribunal escuchó y tomó en cuenta un dictamen pericial que no quedó debidamente tramitado.

Por otra parte, los hechos acerca de los cuales el Tribunal aduce ese dictamen, están acreditados suficientemente por otras pruebas, como son la testimonial ya dicha y la inspección ocular de segunda instancia, para no citar la practicada extrajuicio poco antes de iniciarse éste.

Cuanto al reparo proveniente de que en el despacho librado para esa inspección se omitiera incluir el memorial del de-

mandado en solicitud de que la diligencia se extendiera a ciertos puntos para que sobre ellos dictaminaran los peritos, se observa, de un lado, que no toda informalidad está erigida en motivo de casación y, de otro, que la inclusión o transcripción de aquel memorial no impidió que los peritos respondieran esas cuestiones al menos en lo pertinente a los hechos contenidos que vinieron a basar la sentencia.

Se rechaza este otro cargo.

VI—Violación del artículo 575 del C. J., por haber condenado el Tribunal al demandado en las costas de la primera instancia.

La condenación en costas es una consecuencia de la apreciación que en conciencia hace el sentenciador sobre la temeridad de la demanda o de la oposición y, por lo mismo, no está bajo la enmienda de la

Corte en este recurso. Así se ha expuesto sostenidamente por ésta.

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 Bogotá en este juicio el veintidós de octubre de mil novecientos cuarenta.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango.
Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa.
Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca — Pedro León Rincón,
Srio. en ppd.

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS — ACUSACION POR LA PRIMERA CAUSAL — COSTAS EN CASACION

1. Cuando se acusa una sentencia por la primera causal de casación, es necesario demostrar que el sentenciador incurrió en error de hecho o en error de derecho, que aparezcan de modo manifiesto en los autos, requisito indispensable para la prosperidad del cargo, conforme a lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 520 del C. J. Además, como lo tiene establecida la jurisprudencia de la Corte, sólo mediante esa demostración le es dado a ella entrar a apreciar por su cuenta las pruebas aducidas por el juicio. — 2. Cuando el recurso de casación ha servido, en parte, para aclarar un punto de doctrina, no se hace condenación en costas, según reiterada jurisprudencia de la Corte.

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

(Magistrado ponente: Dr. Isaías Cepeda).

La señorita Leonor Ramírez Sánchez, por medio de apoderado, presentó el primero de junio de 1937 demanda ordinaria contra el Banco Agrícola Hipotecario, que fue repartida al Juzgado Quinto Civil de este Circuito y en la cual pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

“PRIMERA: Que el Banco Agrícola Hipotecario debe pagar a mi mandante la cantidad de tres mil setecientos cuarenta y siete pesos con setenta y cuatro centavos, cantidad ésta a que asciende el crédito hipotecario que constaba en la escritura número 3660, de 10 de octubre de 1929, otorgada en la Notaría segunda de

esta ciudad por Roberto Ramírez a favor de Juan N. Ortiz Suárez, el que adquirió mi mandante por cesión, crédito que perseguía en el juicio de venta seguido por Julio Alberto Ruiz contra Roberto Ramírez en el Juzgado Segundo de este Circuito.

“SEGUNDA: Que el mismo demandado debe pagar a mi mandante el valor de todos los perjuicios sufridos por ella, por no habersele pagado la suma expresada en el punto anterior el día 20 de septiembre de 1935, como era obligación del banco demandado, perjuicios que serán estimados en el curso de este juicio, o al ejecutarse la sentencia que a él ponga fin.

“TERCERA: Subsidiariamente pido que el banco demandado debe pagarme a mi mandante el valor del crédito que consta en la escritura número 3660, de 10 de octubre de 1929, otorgada en la Notaría Segunda de esta ciudad por Roberto Ramírez a favor de Juan N. Ortiz Suárez, y del cual es hoy titular mi mandante, los intereses de esta suma a razón del veinte por ciento anual como interés moratorio, computados éstos desde el día 20 de enero de 1930 hasta el día en que se verifique el pago, y las costas procesales ocasionadas en el juicio de tercería que adelantó Leonor Ramírez en el Juzgado Segundo del Circuito para hacer efectivo su crédito.

“CUARTA: Que el Banco demandado debe pagar las costas procesales ocasionadas por este juicio”.

Se resumen a continuación los hechos principales que sirvieron de fundamento a la citada demanda.

El señor Julio Alberto Ruiz siguió en el Juzgado Segundo de este Circuito un juicio especial de venta contra Roberto

Ramírez para hacer efectivo un crédito garantizado con hipoteca de la casa marcada con los números 19-31 y 19-33 de la carrera 10ª de esta ciudad. A ese juicio accedió otro seguido por el Banco Agrícola Hipotecario para cobrar dos créditos, y una tercería iniciada por Leonor Ramírez Sánchez para hacer efectivo otro crédito constituido a favor de Juan N. Ortiz Suárez, quien se lo había cedido a aquella, créditos garantizados todos con hipotecas sobre la indicada casa. En tal juicio se embargó la casa, que fue rematada por el Banco Agrícola Hipotecario el 20 de septiembre de 1935, en competencia con otro postor, por la cantidad de \$ 20,050. El Banco consignó en el Juzgado el valor del crédito a favor de Julio Alberto Ruiz y le exigió a la demandante Ramírez Sánchez que presentara un memorial en que manifestara que había recibido del Banco el valor del crédito perseguido por ella, con sus intereses y costas, y en virtud de esa manifestación el Juzgado aprobó el remate el 30 de enero de 1936, pero el banco no le ha pagado a la demandante el valor de su crédito, no obstante haberle ofrecido pagárselo para que presentara el referido memorial, alegando que el Banco no se comprometió a hacerle ese pago.

Admitida la demanda y agotada la tramitación de primer grado, se dictó la sentencia de fecha tres de junio de mil novecientos treinta y ocho, en la cual se absolvió al Banco demandado de todos los cargos que se le formularon.

De esa sentencia apeló la demandante y subido el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y sometido allí a la tramitación correspondiente, se confirmó por el fallo de veinticinco de mayo de mil novecientos cuarenta, con costas a cargo de la apelante.

El fundamento principal que sirvió de base para la absolución del demandado, según ambas sentencias, fue el haberse demostrado en autos que si el Banco no pagó el crédito que ahora pretende cobrar la demandante Leonor Ramírez Sánchez,

ello obedeció a que el Banco convino con los señores Roberto Ramírez y sus hijas Leonor y Teresa, en que él remataría la casa por un valor mayor al de \$ 16.800, que luégo la mejoraría y la vendería al mejor precio posible, con el fin de pagarse el Banco del valor de sus dos créditos, pagar el del señor Julio Alberto Ruiz y entregar el excedente a la familia Ramírez, como lo hizo el Banco, pues hay constancia de que le entregó a dicha familia el excedente, que fue de \$ 3.882.

El recurso.

Contra la referida sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el señor apoderado de la actora, quien, en una demanda que no se ajusta bien a la técnica, formula contra ella los cargos que a continuación se analizan.

I. — Dice el recurrente:

“La sentencia recurrida viola la ley sustantiva por infracción directa de varias disposiciones legales, porque se ha hecho aplicación indebida de otras o se han interpretado erróneamente. Y como al anterior resultado llegó el Tribunal por haber hecho apreciación errónea de determinadas pruebas, y por haber dejado de apreciar otras, por esto alego como causal de casación la contenida en el numeral primero del artículo 520 del C. J., la cual procedo a fundar en la siguiente forma”.

Sostiene el recurrente que en la sentencia no se hace estudio alguno de varios elementos de prueba aducidos por las partes, y que se hace una errada apreciación de otros.

Dice que el Gerente del Banco confesó en posiciones que él no se había entendido en ninguna forma con la demandante para adquirir el crédito que pertenecía a ella; que ni siquiera tenía conocimiento de la existencia de ese crédito, y que el Banco no le había dado suma alguna a la señorita Leonor Ramírez Sánchez porque con ella no había celebrado contrato alguno. Que el Tribunal no tuvo en cuenta esa confesión, por lo cual violó los artículos 1769 del C. C. y 606 del C. J.

Agrega que el Tribunal no tuvo en

cuenta las contestaciones dadas por la demandante al absolver las posiciones primera, segunda, cuarta, sexta y undécima, de las cuales se deduce que realmente la actora "en ningún momento habló con el Gerente del Banco sobre su crédito para negociarlo".

Estima que en la sentencia se hace una apreciación errónea de varios elementos de prueba, como son la carta dirigida por Roberto Ramírez al Banco con fecha 20 de septiembre de 1935, el acta de la diligencia de remate y la contestación dada por la demandante a la tercera pregunta de las posiciones que se le pidieron, y considera que se violaron los artículos 1759 y 1761 del C. C. y 632 y 637 del C. Judicial.

Se observa:

Como se ve, el recurrente no demuestra en parte alguna de su demanda de casación que el Tribunal incurriera en error de derecho o en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos, requisito éste indispensable para la prosperidad del cargo, conforme a lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 520 del C. J. Además, como lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corte, sólo mediante esa demostración le es dado a ella entrar a apreciar por su cuenta las pruebas aducidas en el juicio.

Lo dicho sería suficiente para rechazar el cargo, pero, para mayor abundamiento, conviene advertir que el recurrente acepta que entre el Banco y la demandante no hubo contrato alguno que tuviera por objeto negociar el crédito de ésta, de modo que resulta de acuerdo con lo sostenido por el Banco y por la sentencia recurrida. Lo que hubo, según lo aseguró el Banco y lo reconoció la sentencia como plenamente demostrado en autos, fue un convenio celebrado entre el Banco, la señorita Leonor Ramírez Sánchez y su familia, en virtud del cual el Banco se comprometió a rematar la casa, a mejorarla para luego venderla al mejor postor, pagarse con su valor sus dos créditos, pagar el del señor Julio Alberto Ruiz y entre-

garle el excedente a la familia Ramírez, como en efecto lo hizo el Banco.

Acerca de la manera como está probado ese convenio dice la sentencia recurrida:

"Este convenio aparece demostrado en los autos de manera indubitable. De él habla el señor don Julio Caro en su declaración rendida en la segunda instancia (f. 17 del cuaderno número 5); a él se refieren las cartas de Roberto Ramírez al señor Gerente del Banco Agrícola Hipotecario del 20, 21 y 23 de septiembre de 1936 (la del 20 de septiembre es del año de 1935), que se ordenaron tener como pruebas del Banco demandado en la segunda instancia; él se infiere de la propia acta de remate, en donde consta que se presentó a hacer postura el señor Roberto B. Peraza, ofreciendo solamente por el inmueble la suma de \$ 16.800, base de la postura, y sin embargo el Banco subió la oferta a más de veinte mil pesos, para obtener así la adjudicación del inmueble, y lo confiesa, por último, la propia demandante Leonor Ramírez al contestar la tercera pregunta que en posiciones le formuló el Banco, en donde dijo: 'Después de verificado el remate por el Banco fuimos unas dos o tres veces con mi mamá y mi hermana y convinimos con el Gerente doctor García Cadena en que él vendería la casa por el mayor precio posible, y que nosotras también ayudaríamos a venderla; que el Banco se pagaría su crédito y pagaría el de Julio Ruiz y el resto se lo devolvería a la familia mía'".

Se deduce de lo expuesto que no es fundado el cargo que se estudia, y por ello se rechaza.

II. — "El Tribunal quebrantó el contenido de los artículos 1687 y 1690 del C. C., por haberlos aplicado indebidamente al caso del pleito".

Sostiene el recurrente que para que exista novación son indispensables tres elementos: una obligación preexistente, que debe reemplazarse por otra; la voluntad expresa y concreta de las partes de

verificar el cambio de las obligaciones, o sea el ánimo de novar, y la capacidad de las partes; y agrega que en el caso de estudio no hubo esa intención o voluntad de novar, porque en ninguna parte consta que se hubiera manifestado de manera expresa, por lo cual, si no puede hablarse de novación, es indudable que el Tribunal, al darla por existente, no solamente quebrantó las disposiciones legales citadas sino que dejó de aplicar el artículo 1693 del C. C.

En concepto de la Corte no hubo en realidad una verdadera novación, sino simplemente un convenio en virtud del cual se acordó que la obligación pura del Banco de consignar en el Juzgado, como rematador, el excedente del valor del remate, después de pagarse de sus créditos, para que con ese excedente se pagaran los de Ruiz y de la demandante, hasta donde alcanzara, se reemplazó por la obligación condicional que adquirió el Banco, consistente en que él pagaría el crédito de Ruiz, mejoraría la casa para venderla en el mejor precio y una vez vendida se pagaría de la totalidad de lo que a él se le saliera a deber y entregaría el resto del valor obtenido por la venta de la casa a la familia Ramírez, sobre la base, desde luego, de que el crédito a favor de la señorita Leonor Ramírez Sánchez debía quedar extinguido de una vez, como se deduce de la manifestación que ella hizo al Juzgado.

Dicho convenio está claramente amparado por lo dispuesto en el artículo 1692 del C. C., que reza:

“Si la antigua obligación es pura y la nueva pende de una condición suspensiva, o si por el contrario, la antigua pende de una condición suspensiva y la nueva es pura, no hay novación, mientras esté pendiente la condición; y si la condición llega a fallar o si antes de su cumplimiento se extingue la obligación antigua, no habrá novación.

“Con todo, si las partes al celebrar el segundo contrato, convienen en que el primero quede desde luego abolido sin

aguardar el cumplimiento de la condición pendiente, se estará a la voluntad de las partes”.

Si no hubo, pues, una verdadera novación, tampoco es posible infirmar la sentencia recurrida, porque la Corte tendría que llegar a la misma conclusión a que llegó el Tribunal y no podría variarse la parte resolutive del fallo. En consecuencia, no prospera este cargo.

III. — “El Tribunal quebrantó lo dispuesto en los artículos 1494 y 1602 del C. C., porque siendo aplicables esas normas legales al caso del pleito las desatendió”.

Asevera el recurrente que está demostrado en autos que la señorita Ramírez Sánchez expidió un recibo en que dio por recibido del Banco el valor de su crédito; que el Banco hizo uso de ese recibo para obtener la aprobación del remate, con lo que aceptó en forma clara el traspaso que de su crédito le hizo la demandante; que está igualmente probado que el Banco no le pagó a la demandante el mencionado valor de su crédito; que apareciendo demostrada la existencia del contrato de cesión, el Tribunal debió reconocerlo, con todas sus consecuencias, y que, al no hacerlo, violó las disposiciones citadas.

Inadmisible también este cargo, porque como acaba de verse al analizar el anterior, no hubo tal contrato de cesión entre la señorita Leonor Ramírez Sánchez y el Banco, sino un convenio de índole completamente distinta, que el Banco cumplió en su totalidad. Por otra parte, el mismo recurrente aceptó, como se dijo al estudiar el primer cargo, que no había existido el referido contrato de cesión. En efecto, al fundarlo el recurrente, después de referirse a las posiciones absueltas por el Gerente del Banco, según las cuales éste no se había entendido en ninguna forma con la demandante para adquirir el crédito de ella, dice:

“Si se tienen en cuenta las contestaciones dadas por la señorita Leonor Ramírez Sánchez en las posiciones absueltas por ella, se llega al mismo resultado,

porque realmente ella en ningún momento habló con el Gerente del Banco sobre su crédito para negociarlo”.

No habiendo existido el contrato de cesión aludido, no hubo violación de los artículos 1494 y 1602 del C. C., citados por el recurrente.

Basta lo dicho para concluir que no es el caso de infirmar la sentencia recurrida, pero como el recurso ha servido, en parte, para aclarar un punto de doctrina, no se hará condenación en costas, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia de la Corte.

A virtud de lo expuesto, 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 con fecha veinticinco de mayo de mil novecientos cuarenta.

Sin costas en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango.
El Conjuez, Manuel J. Ramírez Beltrán.
El Conjuez, José Arturo Andrade. — El
Conjuez, Eduardo Rodríguez Piñeres.—
El Conjuez, Arturo Salazar Grillo—Pedro
León Rincón, Srio. en ppad.

SALVAMENTO DE VOTO

Estoy de acuerdo con lo resuelto por la Sala en el fallo precedente; pero, con el respeto debido a los señores Magistrados y Conjuces que conmigo lo firman, me permito hacer algunas breves observaciones sobre los razonamientos empleados para denegar la casación de la sentencia acusada.

Es el caso que el recurrente no supo fundar el recurso, pues no designó cuál o cuáles fueron las pruebas determinadas en cuya apreciación el Tribunal sentenciador incurrió en error de hecho o de derecho, designación que debió hacer conforme a lo que dispone el ordinal 1º in fine del artículo 520 del Código Judicial, donde se dice:

“Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos”.

Este paso del texto citado está en relación con el artículo 531 del propio Código, conforme al cual “la demanda de casación debe... expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fa-

llo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella...”

La Sala, de una manera explícita, reconoce la existencia de estos defectos fundamentales como contrarios a la técnica jurídica, lo que debió llevarla sencillamente a denegar la infirmación del fallo acusado sin entrar innecesariamente a estudiar las acusaciones en el fondo, como lo hizo, en estilo polémico.

Este procedimiento, harto frecuente en nuestros anales procesales, resta tiempo a los juzgadores, bastante recargados de trabajo, y ha creado un ambiente propicio de indulgencia en favor de los malos litigantes que acosan a jueces y magistrados con pretensiones insostenibles. A mi juicio, los juzgadores no tienen por qué gastar semejante benevolencia poniéndose a discutir con tales litigantes las inepticias de éstos cuando con una buena razón pueden despacharlos. Si para ir de un punto a otro hay varios caminos, quebrados o curvos, y uno recto, por qué, de modo sencillo, no se tomó éste?

Quizá sea yo sobremodo rigorista y pido por ello a mis colegas que me excusen.

Fecha ut supra.

Eduardo Rodríguez Piñeres

ACCION PAULIANA — SIMULACION — ACCION DEL ACREEDOR PARA DEMANDAR LA SIMULACION DE UN ACTO DE SU DEUDOR. — CONDICIONES PARA EJERCERLA. — SOBERANIA DEL TRIBUNAL SENTENCIADOR EN LA APRECIACION DE LOS INDICIOS Y SUS LIMITACIONES.

1.—La acción pauliana consagrada por el artículo 2491 del C. C. distingue dos clases de actos celebrados por el concursado antes de la apertura del concurso: onerosos y gratuitos; tratándose de los primeros dicha acción está condicionada por dos factores, el *eventus damni* y el *consilium fraudis*. En tratándose de los segundos basta la mala fe del deudor para que los acreedores puedan pedir la rescisión del contrato. En los dos casos expresados los acreedores tienen la personería para obtener la anulación de los actos de su deudor concursado. — 2.—En la simulación los acreedores de quien ha enajenado ficticiamente sus bienes, tienen también la personería del caso para pedir la simulación del acto que los perjudica, pero ese derecho no les asiste sino con ciertas condiciones y dentro de ciertos límites. Durante mucho tiempo la jurisprudencia no reconoció personería a los acreedores para iniciar acciones de simulación contra sus deudores, pero desde el año de 1924 la Corte cambió de rumbo y se pronunció en sentido contrario, como puede verse entre otras, en sentencias de 28 de mayo de 1935, 15 de julio de 1938 y 26 de agosto de 1938. La acción del acreedor para demandar la simulación no puede prosperar sino cuando existen los siguientes factores: a) que entre el tercero y el deudor haya existido *consilium fraudis*; b) que en virtud de tal *consilium* el acreedor se perjudique, y c) que el tercero, por lo tanto, no esté protegido por la buena fe, que siempre se presume en los contratos y esa buena

fe desaparece, o mejor no existe, cuando el tercero ha entrado en connivencia con el deudor para perjudicar un acreedor de éste. Estos factores, como es obvio, deben establecerse plenamente. — 3.—Aun cuando la tesis o doctrina de la soberanía de los Tribunales ha sido por lo menos aclarada por la jurisprudencia de la Corte, subsiste el principio de que la convicción del Tribunal es intocable cuando se demuestra que no ha sufrido error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas de las cuales deriva su convicción.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Rosa Góngora v. de Sánchez, por medio de apoderado, entabló demanda ordinaria contra Fructuoso Villabón y Manuel Justinico Zamora para que se declare que es inexistente por simulación el contrato de mutuo que consta en documento privado suscrito en la población de Ortega el 2 de agosto de 1935, por el cual Villabón se declaró deudor de Zamora por la suma de \$ 10.000 que dijo había recibido en préstamo de aquél en octubre de 1934. Pidió que en subsidio de la anterior súplica se declare que dicho contrato es nulo por simulación y que Villabón no debe a Zamora los diez mil pesos a que se refiere la convención sobre el mutuo.

El juez del conocimiento, Primero del Circuito del Guamo, declaró la simulación

impetrada en sentencia de 17 de julio de 1939 y el Tribunal Superior de Ibagué la confirmó en fallo de 28 de junio del año próximo pasado, contra el cual interpuso recurso de casación la parte demandada, recurso que pasa a decidirse.

Los hechos en que apoya la demanda y que los juzgadores de primera y segunda instancia hallaron comprobados, son en síntesis estos: que por documento privado de 2 de agosto de 1935 Fructuoso Villabón se declaró deudor de Justinico Zamora por la suma de diez mil pesos moneda corriente; que tal contrato es simulado y que no tuvo otro objeto sino el de evadir o mermar el pago de créditos a favor de la actora y a cargo de Villabón; que la demandante es acreedora de Fructuoso Villabón, y que cuando Justinico Zamora demandó a Villabón, la expresada Rosa Góngora de Sánchez había iniciado juicio ejecutivo contra aquél, pero como Justinico Zamora embargó bienes primero, la nombrada señora optó por la iniciación de tercerías coadyuvantes en ese juicio; que con el fin de eludir el pago de lo que cobra la demandante, Villabón otorgó escritura de dación en pago a favor de Zamora de todos los bienes sujetos a la traba ejecutiva.

La sentencia acusada se funda en estas dos bases: a) que a la demandante le asiste la acción para entablar ese pleito toda vez que es tercero interesado en que no se oculte el patrimonio de su deudor, y b) que el contrato celebrado entre Villabón y Zamora es simulado.

El recurrente en el capítulo segundo de su demanda (el primero lo constituye la parte histórica del proceso), acusa la sentencia por violación directa de la ley sustantiva consistente en la no aplicación del artículo 2491 del C. Civil. No estando la demanda basada sobre ese extremo, no habiendo entendido las partes que se ha ejercitado en este debate judicial la acción pauliana ni apoyándose el fallo acusado en ese artículo ni en ninguna consideración derivada de la mencionada acción, la acusación por el extremo que

se estudia es improcedente. Mas como el recurrente plantea, en términos generales, el problema de la personería de la parte actora, en casos como el presente, cree la Corte necesario avocar el problema.

La acción pauliana consagrada por el artículo 2491 del C. Civil distingue dos clases de actos celebrados por el concursado antes de la apertura del concurso: onerosos y gratuitos; tratándose de los primeros dicha acción está condicionada por dos factores, el *eventus damni* y el *consilium fraudis*. En tratándose de los segundos basta la mala fe del deudor para que los acreedores puedan pedir la rescisión del contrato. En los dos casos expresados los acreedores tienen la personería para obtener la anulación de los actos de su deudor concursado.

En la simulación, tan distinta de la acción pauliana, porque en aquélla se parte de la base de la existencia de un contrato ficticio, al paso que en ésta se ataca generalmente un contrato real y porque si para el ejercicio de la segunda es necesario que se trate de un deudor concursado, lo cual no se requiere en la primera, los acreedores de quien ha enajenado ficticiamente sus bienes, tienen también la personería del caso, para pedir la simulación del acto que los perjudica, pero ese derecho no les asiste sino con ciertas condiciones y dentro de ciertos límites. Durante mucho tiempo la jurisprudencia no reconoció personería a los acreedores para iniciar acciones de simulación contra sus deudores, pero desde el año de 1924 la Corte cambió de rumbo y se pronunció en sentido contrario como puede verse entre otras, en sentencia de 28 de mayo de 1935 (G. Judicial, Tomo XLII, página 25), 15 de julio de 1938 y 26 de agosto de 1936 (G. Judicial, Tomo XLVII, número 1940, pág. 61). De este último fallo son los siguientes apartes cuya trascripción es pertinente: "Para explicar la responsabilidad del tercero cómplice, según observan el autor citado, como también Jossierand y Ripert, es necesario es-

tablecer que este tercero ha obrado con conocimiento de causa y que al obrar así ha atentado contra el derecho del acreedor. La responsabilidad del tercero supone, pues, un acto ilícito en el sentido objetivo y debe ser un acto positivo llevado a cabo con conocimiento de causa. En definitiva, la responsabilidad del tercero está condicionada por el hecho de su colusión o mala fe con el deudor para hacer salir fingida o realmente del patrimonio de éste sus bienes, acciones o derechos y trasladarlos al patrimonio del tercero para que así los acreedores no puedan hacer efectivos sus derechos. La idea o principio del *consilium fraudis*, entre deudor y tercero aparece aquí dando base e indica la razón de ser esta responsabilidad.

Mas, por aparecer, como de mayor amplitud el ejercicio de la acción que se viene estudiando, respecto de la pauliana, ello no quiere decir que un acreedor la pueda ejercitar de un modo irrestricto o ilimitado, puesto que también está circunscrita a ciertas circunstancias que se cifran en el perjuicio a los acreedores, consistente en disminuir o suprimir bienes del patrimonio de su deudor y en la colusión del tercero con el deudor. Es claro que no habiendo perjuicio, no cabe la acción y que el perjuicio a que se alude ha de ser la imposibilidad para el acreedor de hacer efectivos sus derechos. De modo, pues, que no es cualquier acreedor el que tiene el derecho de ejercitar la acción que se viene estudiando que no está condicionada a un concepto eventual, sino para que prospere, el interés jurídico debe ser actual, o sea, que se debe tratar de un interés protegido por la ley, que es burlado o desconocido por la colusión entre el deudor y el tercero. Y al hablar de intereses protegidos por la ley, deben entenderse no solamente aquellos concretados en derechos exigibles, como sería una deuda de plazo vencido, sino también aquellos constituídos por derechos claros y concretos aun cuando no sean actualmente exigibles, como sería

una deuda cuyo plazo no se hubiera vencido.

La ley protege y ampara a los terceros de buena fe, porque de otro modo el comercio y las relaciones contractuales serían imposibles; pero cuando esa buena fe ha desaparecido es imposible esa protección porque viola el principio fundamental del orden público. En un caso de simulación, v. gr., al demostrarse ésta y en tratándose de un deudor que se valió de un tercero para impedir la persecución de sus bienes por el acreedor, quedaría demostrada y establecida la acción del acreedor para demandar la invalidez del caso. Como ejemplos de la protección de la ley a los terceros de buena fe, pueden citarse entre otros los siguientes: El consagrado por el artículo 947 del C. C., que dispone que no pueden reivindicarse los muebles cuyo poseedor los haya comprado en feria, tienda o almacén en que se vendan cosas muebles de la misma clase; el de que trata el artículo 1547; el consagrado por el artículo 1548, o sea la resolución de la enajenación o gravamen del inmueble, siempre que éste conste en título; el de que trata el artículo 1643 o sea que el pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía. En todos estos ejemplos se presume la buena fe del tercero y esa presunción lo ampara; pero cuando desaparece ese elemento que condiciona toda la vida civil, no es posible que ese tercero goce de los derechos y garantías que se conceden únicamente a los actos *bonae fidei*.

Antiguamente la Corte había negado la acción a los acreedores para demandar la simulación de los contratos celebrados por el deudor, por cuanto aquéllos eran ajenos o extraños a ese pacto. Esa doctrina imperó por varios lustros, pero desde el año de 1924 fue rectificada, en el sentido de conceder la acción y esta Corte ha reafirmado y ampliado tal doctrina en sentencias de fecha 28 de mayo de 1935, *Gaceta Judicial*, Tomo XLII, página

25, y fallo de 15 de julio de 1938. En la primera se estudia el asunto de la simulación demandada por un tercero, en la segunda el de la nulidad del acto, que compete también a los terceros en cuanto tengan interés jurídico en ella.

La situación, pues, de un acreedor es clara, determinada y concreta, dentro de los términos y condiciones de que se ha hecho mérito, pero no puede extenderse más allá. Así, por ejemplo; un acreedor no puede por el mero hecho de serlo pedir la invalidación de un acto o contrato de su deudor, celebrado con un tercero de buena fe que ha pactado con el deudor una obligación seria, como tampoco puede, so pretexto de guarda de sus derechos pretender intervenir en los actos y contratos de su deudor porque entonces la relación jurídica de acreedor a deudor se convertiría en una total subordinación del primero al segundo, lo cual es inadmisibile". En suma y como conclusión de lo anterior: La acción del acreedor para demandar la simulación no puede prosperar, sino cuando existen los siguientes factores: a) que entre el tercero y el deudor haya existido *consilium fraudis*; b) que en virtud de tal *consilium*, el acreedor se perjudique, y c) que el tercero por lo tanto no esté protegido por la buena fe, que siempre se presume en los contratos y esa buena fe desaparece, o mejor no existe, cuando el tercero ha entrado en connivencia con el deudor para perjudicar a un acreedor de éste. J

Como es obvio los factores de que se ha hecho mérito deben establecerse plenamente.

Consideradas así las cosas, el cargo que se estudia, falta de personería o carencia de acción en el demandante, no puede prosperar y la misma suerte debe correr la primera parte del cargo contenido en el capítulo tercero de la demanda, que está enfocado sobre el mismo tema.

En la segunda parte de ese capítulo el recurrente acusa la sentencia por error de hecho en cuanto el Tribunal dedujo la existencia de la simulación en el contra-

to de mutuo celebrado entre Villabón y Zamora y a este respecto asevera que fueron desconocidos o violados los artículos 697, 698, 699, 596 y 601 del C. Judicial.

La Corte considera: El Tribunal dedujo la simulación a través de indicios que consideró demostrados y que en su sentir, unidos y apreciados entre sí, constituyen la plena prueba de aquella. Aun cuando la tesis o doctrina de la soberanía de los Tribunales ha sido por lo menos aclarada por la jurisprudencia de la Corte, subsiste el principio de que la convicción del Tribunal es intocable, cuando se demuestra que no ha sufrido error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas de las cuales deriva convicción. En el caso de autos el fallador de Ibagué llegó a la conclusión no sólo de que el contrato de mutuo mencionado era simulado, sino que con él se eludía el pago de los créditos que Villabón debe a la demandante Góngora de Sánchez, basado en lo siguiente: a) Es indiscutible la existencia del contrato de mutuo cuya simulación se demanda, como también lo es que Villabón es deudor, en dos obligaciones de carácter exigible, de la señora Rosa Góngora de Sánchez; b) Según una serie de testimonios contestes, cinco testigos honorables, es fama en el Municipio de Ortega que Villabón y Zamora acostumbraban la celebración de contratos simulados y ese es el primer indicio que tiene en cuenta el Tribunal. Las declaraciones precisas y claras de estos testigos corren en los autos, luego sobre esto el Tribunal no incurrió en error de hecho al considerarlas ni en error de derecho al apreciarlas; c) Justinico Zamora y Fructuoso Villabón están ligados entre sí por parentesco y por amistad íntima, lo cual está comprobado en autos y considerando el Tribunal que por regla general los contratos simulados no se hacen sino entre personas que están vinculadas entre sí por alguno de esos factores, dedujo por este motivo un segundo indicio, fundado en una comprobación legal; d) Compro-

bado como está en autos que Justinico Zamora ha vivido trabajando como arrendatario de Juan Isidro y Fructuoso Villabón dedujo por este concepto otro indicio en pro de la simulación; e) Villabón y Zamora absolviéron posiciones en este juicio, sobre el contrato de mutuo cuya simulación se ha demandado, y el Tribunal, analizándolas detenidamente, halló ciertas contradicciones entre los dos absolventes respecto de los términos del contrato y además observó que el último no acertó a responder satisfactoriamente una de las preguntas relativa a la ficción de la obligación. Teniendo en cuenta lo confesado por los absolventes el Tribunal concluye lo que sigue, en lo cual no hay error de hecho ni de derecho: "Como se ve, entre el contenido del documento y lo que contestaron los demandados, resultan fragantes contradicciones relativas a la fecha del mismo documento, a la fecha en que debía hacerse el pago y a la cláusula sobre intereses. Semejantes contradicciones le infunden el carácter sospechoso al contrato acusado, es decir fundan nuevos indicios de la simulación, que adquieren vehemencia frente al que resulta de la circunstancia de haberse otorgado prueba escrita de una obligación, por la apreciable suma de diez mil pesos, varios meses después de contraída y un día después de vencido el plazo, siendo así que entre hombres medianamente cuidadosos y diligentes casi nunca ocurre. Y más sospechosas aparecen las actividades de los contratantes demandados, si se tiene en cuenta, que para pagar tan apreciable suma de dinero, se hizo figurar un nuevo y angustioso plazo de seis días, que, cosa curiosa, debía vencerse el mismo día en que surgía la exigibilidad de las obligaciones contraídas por Villabón a favor de Rosa Góngora de Sánchez, por medio de los documentos atrás referidos". Todo esto, que está demostrado en autos, constituye otro indicio para el Tribunal; f) Existe en el proceso copia del juicio ejecutivo que Zamora adelantó contra Villabón para hacer efectiva la obligación que

se tacha de simulada y éste confesó al absolver posiciones que se puso de acuerdo con Zamora para la iniciación del juicio ejecutivo, que se notificó voluntaria e inmediatamente el auto de ejecución y que denunció, y así consta de la copia mencionada, bienes para el pago. Todo esto se hizo, según se ve, con gran celeridad y de todas esas circunstancias dedujo el Tribunal que tal actuación estaba enderezada a perjudicar los intereses de la demandante y hasta expresó el concepto de colusión entre Villabón y Zamora. A esto es oportuno agregar que en autos aparece (fojas 5 vto. del cuaderno número 2), copia de la escritura 322 de 19 de noviembre de 1935, en que consta que Villabón da a título de dación en pago a Zamora los mismos y numerosos bienes que denunció en el ejecutivo mencionado, dos días después de que la señora Góngora de Sánchez se presentó a hacer efectiva ante el Juez del Guamo el primer crédito que tenía contra Villabón. g) Finalmente, el fallador de segunda instancia consideró otra serie de indicios, cuyos hechos en que se apoyan están acreditados en el proceso y son los que señala así: "Y como para que no quede duda sobre la simulación y con el objeto de establecer la prueba de confesión extra judicial, hecha en conversación privada (artículos 604 y 608 del C. J.) figuran en el juicio las declaraciones de Carlos Arjona, Isaías Acosta y Medardo Guarnizo Nieto, dos de ellos suscribieron como testigos del documento contentivo del contrato acusado quienes estuvieron de acuerdo en afirmar lo siguiente: a) Que cuando es otorgó el documento en la población de Ortega Justinico Zamora no se hallaba presente allí; b) Que tan pronto como suscribió dicho documento Villabón se trasladó a la Notaría a reconocerlo, haciendo presente que se iría sin demora para el Guamo a iniciar el ejecutivo de Justinico Zamora con el citado Villabón; c) Que Villabón había declarado en presencia de los declarantes, que Justinico Zamora no le había entregado los

diez mil pesos del préstamo, porque era muy pobre, y d) Que en presencia de los mismos testigos había manifestado, que el documento se había extendido ficticiamente para hacerlo valer en juicio, y mermar o no pagar las deudas a favor de Rosa Góngora de Sánchez.

De lo anterior el Tribunal, por aplicación del artículo 665 del C. Judicial, y coordinando y conexionando los indicios no necesarios, que acaban de analizarse, concluyó afirmativamente sobre el extremo de la simulación impetrada, conclusión que no adolece de error de hecho ni de derecho por lo que ya se expresó. No puede sostenerse que al proceder así hubiera desconocido los principios consagrados en los artículos 596 y 601 del C. Judicial puesto que si por una parte los hechos indiciales están todos enfocados sobre el extremo de la simulación, por la otra el Tribunal dio a esas pruebas la estimación legal correspondiente, indicios, que conexionados entre sí formaron para el fallador la convicción de la plena prueba sobre la simulación. Por otra parte, no se ve por qué el Tribunal pudo infringir los artículos 697, 698 y 699 de dicho Código, toda vez que apreció y tuvo en cuenta las declaraciones de los testigos aducidos por la parte actora, y con ellas dio por establecidos algunos de los hechos indiciales, de acuerdo con la tarifa legal de pruebas. Aunque la demandante presentó pruebas sobre el estado de po-

breza del demandado Zamora, éste a su turno trató de desvirtuar esa aseveración y el Tribunal no tuvo en cuenta para fundamentar su fallo ese estado del demandado y por eso se expresa así: Y aunque tales testimonios pudieran aceptarse como prueba de que este señor (Zamora) sí tenía algunas posibilidades económicas, apenas alcanzarían a desvirtuar uno solo de los numerosos y vehementes indicios establecidos con el conjunto probatorio de la actora, que analizados atentamente y relacionados entre sí y con los hechos principales de la demanda, producen la convicción íntima y completa de la simulación. (Artículos 662 y 665 del C. J.)

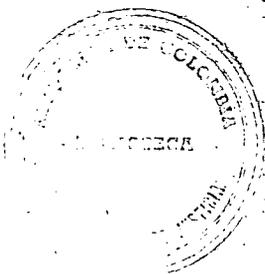
El cargo que acaba de estudiarse no puede por lo tanto prosperar.

En tal virtud, 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.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango.
Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa
Daza — Fulgencio Lequerica Vélez —
Hernán Salamanca — Pedro León Rincón,
Srio. en ppad.



ESTADO CIVIL COMO DERECHO ADQUIRIDO — SU DISTINCION DEL DERECHO DE HERENCIA — EL DERECHO REAL DE HERENCIA NO ES UN DERECHO ADQUIRIDO DURANTE LA VIDA DEL CAUSANTE, SINO UNA MERA EXPECTATIVA DE SUCEDERLE — LEYES NUEVAS QUE MODIFICAN LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES ANEXOS A DETERMINADO ESTADO CIVIL

1. El medio subsidiario de obtener la declaración judicial de filiación natural sólo es oportuno cuando el hijo no ha obtenido el reconocimiento expreso y voluntario del padre y tiene que acudir, por ende, a la declaración judicial de paternidad.—2. El estado civil de hijo natural reconocido expresamente por el padre constituye un derecho adquirido que no puede ser desconocido, modificado ni vulnerado por leyes posteriores, por tratarse de una situación jurídica debidamente constituida que escapa a la reglamentación de una ley nueva. — 3. El orden sucesoral o la reglamentación legal del derecho de herencia, como modo de adquirir el dominio patrimonial, constituye a su vez una situación jurídica bien distinta del simple estado de las personas. El estado civil viene a ser un requisito o elemento que influye en la reglamentación y ejercicio del derecho de herencia, pero no se confunde e identifica con este mismo. El estado civil, una vez adquirido, constituye por sí solo una situación jurídica perfecta, sin relación a algún posible e hipotético efecto patrimonial sobre una herencia. — 4. El derecho real de herencia, aun siendo ejercido por un legitimario, no se consolida y constituye desde que nace el heredero o desde que adquiere el estado civil que le confiere aptitud legal para reclamarlo. El derecho de herencia no es un derecho adquirido por el

heredero durante la vida del causante, sino una mera expectativa para concurrir a recibir la cuota herencial que le corresponda, según las reglas sucesorales. Sólo en virtud de la muerte del causante y del fenómeno de la delación de la herencia y su consiguiente aceptación viene a radicarse el derecho sucesoral en cabeza del heredero, porque su expectativa o mera aptitud sucesoral, aun originado en un estado civil ya adquirido, no era una situación jurídica ya constituida en todos sus elementos, que debía ser respetada, sino una situación jurídica en formación o desarrollo, que sólo se constituye a la muerte del *de cuius*, en virtud de la delación. 5.—Como consecuencia de las anteriores premisas, las leyes nuevas no tienen en forma alguna carácter retroactivo cuando pretenden aplicarse inmediatamente a una situación en desarrollo y pueden, por lo tanto, afectar elementos constitutivos que no se habían reunido aún, a crear condiciones nuevas, modificar o hacer desaparecer en lo futuro los efectos que no han producido todavía los elementos anteriores. — 6. Estos mismos principios científicos fueron los que inspiraron la ley 153 de 1887 en sus artículos 25 y 28. En una palabra, y como ya lo dijo la Corte, "el estado civil constituido conforme a una ley es un derecho adquirido que no puede ser vulnerado por leyes posteriores; lo muda-

ble y que sí puede variar la ley posterior, son los derechos y obligaciones anexos a ese estado, cuando los primeros no se han realizado ni se han cumplido los segundos". En consecuencia, reconocida una persona como hija natural del causante desde tiempo atrás, no podía concurrir en 1937 a participar con los hijos legítimos en la sucesión de su padre natural, porque cuando ocurrió la delación de la herencia y se pudo radicar en su persona el pretendido derecho herencial ya se le había privado de éste por virtud del artículo 86 de la ley 153 de 1887, que reformó el 1045 del C. C. Tal expectativa sucesoral no entrañaba una situación jurídica consolidada y constituida, antes de la muerte de su padre; pero aun siéndolo, el artículo 28 de la misma ley 153 lo sometía, en cuanto a su ejercicio y cargas y en lo tocante a su extinción, a las normas y condiciones de la nueva ley. Y el artículo 28 de la ley 45 de 1936 tampoco le devolvió ese derecho herencial, porque lo limitó taxativamente a los hijos naturales concebidos con posterioridad a su vigencia.

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

(Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez)

Antecedentes.

1º En la parroquia de Funza fue bautizada Juana Francisca Duque, de doce días de nacido, el 1º de septiembre de 1879. Por escritura pública número 144, de 8 de febrero de 1896, pasada en la Notaría Primera de Bogotá, el señor Emiliano Duque reconoció a Juana Francisca Duque como su hija natural habida de persona soltera y le otorgó todos los de-

rechos y acciones que las leyes le reconocían y asignaban.

2º Por escritura pública número 53, de 30 de enero de 1905, corrida en la Notaría Primera de Bogotá, Juana Francisca Duque aceptó en todas sus partes y sin observación alguna el reconocimiento que le hizo como hija natural su padre Emiliano Duque.

3º Emiliano Duque falleció en esta ciudad el 7 de enero de 1937, y a petición de Juana Francisca se declaró abierto su juicio de sucesión en el Juzgado Segundo del Circuito de Bogotá. Por auto de 2 de abril de 1937, se tuvo a la hija natural mencionada como heredera del causante, en su condición de tal.

4º Por auto posterior de 22 de abril de 1937, dictado por el mismo Juzgado 2º en el juicio sucesorio precitado, se reconocieron como herederos legítimos y con exclusión de la hija natural, a los hijos legítimos del de cujus Ana María, Mercedes, Eva, Concepción, Medardo e Inés Duque Godoy.

Juicio ordinario.

Por medio de libelo fechado el 13 de noviembre de 1937 Juana Francisca Duque demandó por la vía ordinaria a Mercedes, Ana María, Eva, Concepción, Medardo e Inés Duque Godoy, solicitando que se hicieran las declaraciones que se pasan a extractar; a) que la actora es hija natural del causante Emiliano Duque, al tenor de la escritura número 144 de 1896; b) que la actora es heredera de Emiliano Duque y tiene derecho a concurrir con los hijos legítimos al juicio de sucesión de su padre, de conformidad con las leyes, y a recibir la porción de herencia que le corresponda; c) que se declare nula y sin ningún valor ni efecto la frase que dice: "con exclusión de la hija natural apersonada en el juicio", que contiene el auto de 22 de abril de 1937; d) que se declare que tiene todo su valor y efecto el auto proferido por el Juzgado Segundo el día 2 de abril del mismo año,

que declaró heredera a la actora Juana Francisca Duque; e) que se ordene suspender la partición de los bienes de la sucesión mencionada, mientras dura este juicio de reconocimiento; f) que si se hubiere realizado la partición de los bienes, se disponga que no se puede aprobar ese trabajo mientras dure este juicio; y g) que si se oponen a este proceso se les condene al pago de las costas judiciales.

Conoció de la primera instancia el Juzgado Segundo del Circuito de Bogotá, donde también estaba radicado el juicio sucesorio, quien le puso término en sentencia fechada el 2 de marzo de 1939, en la cual resolvió que no era el caso de hacer las declaraciones pedidas por la actora.

Dice el juez de primer grado que en el proceso viene comprobado que Juana Francisca es hija natural de Emiliano Duque y que ostenta esta calidad desde 1879, época de su nacimiento; de donde resulta que la primera de las peticiones del libelo es inútil e improcedente, porque es poseedora de tal estado civil y no es necesario declararlo judicialmente mediante reconocimiento coactivo. En cuanto a las otras súplicas, relacionadas con el reconocimiento de su calidad de heredera, las niega porque estima que es la ley vigente al tiempo del fallecimiento del causante la que regula las sucesiones abintestato y determina las personas que deben ser llamadas a suceder al de cujus. Concluye que a pesar de su condición de hija natural, la actora no tiene el derecho de herencia que pretende, pues si al nacer tuvo la expectativa que le confería el artículo 1045 del C. C., tal expectativa le fue arrebatada por el artículo 86 de la Ley 153 de 1887 y no le fue devuelta por la Ley 45 de 1936.

La sentencia acusada.

En virtud de apelación de la demandante conoció de la segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien pronunció sentencia de

segundo grado el 29 de julio de 1940, que reforma la del Juzgado únicamente en el sentido de considerar improcedente la primera súplica de la demanda y declarar infundadas las demás.

Considera el Tribunal que el reconocimiento es el medio principal que el art. 1º de la Ley 45 de 1936 establece para adquirir la condición de hijo natural, y la declaración judicial es el medio subsiguiente. Como en este juicio se ha demostrado que Duque reconoció a la actora como su hija natural, por medio de la escritura número 144, y ésta aceptó ese reconocimiento, la declaración judicial que se pide ya está hecha.

En cuanto a la declaratoria de heredera que pide la demandante, dice la sentencia del Tribunal que es muy cierto que el artículo 1045 del C. C. reconocía a los hijos naturales derechos herenciales en la sucesión de sus padres, pero tal disposición fue reformada por el artículo 86 de la Ley 153 de 1887, que suprimió expresamente tales derechos, en habiendo hijos legítimos, los cuales derechos vinieron a ser reconocidos de nuevo por la Ley 45 de 1936, pero únicamente para los hijos naturales nacidos con posterioridad a ella. De manera, concluye el Tribunal, que si bien es cierto que la actora tiene la condición de hija natural desde su nacimiento, ese carácter no le da derecho a la herencia que pretende, por haber disposiciones legales expresas que no lo permiten. Cita en apoyo de su tesis los artículos 25, 28 y 86 de la Ley 153 de 1887, 1013 del C. C. y la Ley 45 de 1936.

El recurso de casación.

Contra el fallo anterior del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado del actor, y lo acusa por los motivos primero y segundo de los establecidos en el artículo 520 del C. J. De esta manera fundamenta su acusación:

Primer cargo. Violación de ley sustantiva por aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 1º y 2º de la Ley 45 de 1936.

Considera el Tribunal que el reconocimiento expreso es el medio principal establecido por dicha ley para ostentar la calidad de hijo natural, y la declaratoria judicial de paternidad es medio subsiguiente. A juicio del recurrente esa tesis es sofisticada, porque en este caso, como en el juicio reivindicatorio, es necesario siempre hacer tal declaración, y por eso se solicitó así en la primera petición del libelo; para poder luego pedir, como se hizo, que tiene derecho a concurrir con los hijos legítimos de su padre natural al juicio de sucesión y recibir su cuota herencial. De aquí que la cita que hace el Tribunal de los artículos 1º y 2º de la Ley 45 no tiene cabida, su aplicación es indebida y su interpretación errónea.

Segundo cargo. Aplicación indebida e interpretación errónea del artículo 28 de la Ley 45 de 1936.

Agrega la sentencia que como la actora y recurrente nació el 20 de agosto de 1879, con mucha anterioridad a la expedición de la Ley 45, no puede alegar ningún derecho a la herencia de su padre natural, aun cuando éste la haya reconocido como hija, en concurrencia con los hijos legítimos, porque dicho artículo 28 limita ese beneficio a los concebidos con posterioridad a la fecha en que empiece a regir.

Dice el recurrente que hay aplicación indebida de tal precepto, porque la demanda no se ha fundado en esa norma legal, como puede verse en los fundamentos de derecho alegados, sino que se funda en el artículo 1045 del C. C. y disposiciones pertinentes, que deben tener en este caso estricta aplicación.

Tercer cargo. Infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea del artículo 1045 del C. C.

Dice la sentencia que el artículo 1045 reconocía a los hijos naturales derechos herenciales en la sucesión de sus padres, pero que tal precepto fue reformado por el 86 de la Ley 153 de 1887, que suprimió tales derechos, los cuales fueron reconocidos de nuevo por la Ley 45 de 1936, pero

únicamente para los hijos naturales nacidos con posterioridad a ella.

Sostiene el recurrente que como Juana Francisca tenía el carácter de hija natural cuando entró a regir el actual Código Civil (1887), tenía también la aptitud y calidad para poder gozar del derecho de herencia consagrado por el artículo 1045 del C. C. Ese derecho lo adquirió de manera perfecta, con el lleno de las formalidades legales, con justo título y buena fe, por lo cual no se lo pueden arrebatarse leyes posteriores, como lo afirma la sentencia, ya que el artículo 10 del Acto Legislativo número 1º de 1936 lo prohíbe. De manera que la sentencia infringió de manera directa dicho artículo 1045.

Cuarto cargo. Por aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 25 y 28 de la Ley 153 de 1887. Esos preceptos quedaron derogados por el artículo 10 del Acto Legislativo de 1936 y por esa razón no pueden aplicarse.

Quinto cargo. Infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 1012 y 1013 del C. Civil.

Dice el recurrente que el artículo 1012 tuvo carácter sustantivo en el período federal, antes de la unificación de la legislación civil en el país, pero que hoy sólo tiene carácter adjetivo de mero procedimiento, para lo relativo a la jurisdicción y competencia del juez que debe conocer de la causa mortuoria. Por esta razón no ha debido aplicarse por el Tribunal, sino atender únicamente a lo preceptuado en el artículo 1045.

En cuanto al artículo 1013, agrega el recurrente que con el fenómeno de la delación de la herencia la ley se limita a llamar a todos los que se crean con derechos a una sucesión. Esos derechos se adquieren por el estado civil, en primer término, y tratándose de hijos se origina del hecho del nacimiento. Por eso la delación no constituye ni origina derecho alguno, solamente reconoce y hace efectivos los derechos adquiridos; y tan cierto es esto que, cuando una sucesión se abre, el juez llama y emplaza a todos los que

se crean con derecho a intervenir en ella. El derecho de la actora Juana Francisca Duque no puede desconocerse por leyes posteriores, y se aplicaron indebidamente los preceptos antes indicados.

Sexto cargo. Aplicación indebida e interpretación errónea del artículo 86 de la Ley 153 de 1887.

Dice el recurrente que la sentencia interpreta esta disposición legal en el sentido de que arrebata los derechos adquiridos por Juana Francisca, pero ya se ha visto que la Constitución Nacional prohíbe el desconocimiento de los derechos adquiridos.

Séptimo cargo. La sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por la parte demandante.

Dice el recurrente que en el juicio quedó demostrado que la actora es hija natural reconocida de Emiliano Duque y que el Juez Segundo del Circuito de Bogotá la declaró heredera de su padre; sin embargo, la sentencia le desconoce esas demostraciones.

Agrega que durante el proceso se produjeron numerosas pruebas para evidenciar ese hecho de que era hija natural reconocida y ninguna de ellas aparece que se hayan tomado en cuenta en la sentencia.

Estudio de los cargos.

— I —

Aparece debidamente demostrado en los autos que la actora Juana Francisca nació en el año de 1879; que fue reconocida como hija natural por su padre Emiliano Duque por medio de escritura pública número 144 de 1896, y que ésta aceptó tal reconocimiento en instrumento número 53 de 1905.

Siendo esto así, la demandante ostenta la condición de hija natural, por ministerio del artículo 1º de la Ley 45 de 1936, que consagra el reconocimiento expreso

del padre como medio principal para adquirir ese estado civil.

Estima la Corte que tuvo razón el Tribunal y obró ajustado a derecho cuando en su sentencia estimó que era inoficioso e impertinente, en el caso de autos, hacer la declaración judicial de filiación natural impetrada por la actora, medio subsidiario que sólo tiene oportunidad cuando el hijo no ha obtenido el reconocimiento expreso y voluntario del padre y tiene que acudir, por ende, a la declaración judicial de paternidad.

En cuanto al ejemplo que presenta el recurrente, sobre declaratoria del dominio en la acción reivindicatoria, caso que estima similar al de autos, aun dando por necesaria la solicitud previa de declaración del dominio en favor del demandante, que no lo es, puesto que si es dueño esto no proviene de que así se le declare y que si no demuestra serlo su acción no prospera, el caso de la declaración judicial de filiación no guarda identidad ni admite comparación con el mencionado de la declaración de dominio en el juicio reivindicatorio, porque en este último caso lo que precisamente se debate y exige una dilucidación por ministerio de la justicia es la condición de dueño que alega el actor, ante el poseedor que lo priva del uso y goce de la cosa. Es evidente que las dos situaciones jurídicas son diversas, porque el pretendido dueño está privado de la tenencia y goce del bien que reivindica, y a pesar de los títulos en que pretende fundar su dominio tiene enfrente de sí otra persona que le disputa tal carácter. En tanto que la persona que ha sido reconocida como hijo natural, en forma legal, y aceptada tal situación, no halla su condición discutida por nadie, sino antes bien, está en condiciones de alegar tal estado civil y de aprovecharse de sus consecuencias patrimoniales, sin que para alcanzar esos resultados haya menester de una declaración judicial.

De manera que si ya ostentaba la actora y recurrente la condición de hija natural reconocida legalmente, no tenía

por qué impetrar una nueva declaración sobre ese mismo estado en el libelo.

— II —

Nació Juana Francisca Duque en 1879, y años después entró a regir nuestro Código Civil, adoptado por el artículo 1º de la Ley 57 de 1887. El artículo 1045 de dicha obra reconocía a los hijos naturales el derecho sucesoral a concurrir con los hijos legítimos en la sucesión de sus padres; de manera que cuando Juana Francisca fue reconocida como hija natural en 1896, adquirió esa condición desde la fecha de la concepción y, por tanto, podía aprovecharse del beneficio sucesoral que le reconocía y otorgaba el artículo 1045. Pero resulta que la precitada norma fue reformada por el artículo 86 de la Ley 153 de 1887, que privó a los hijos naturales del derecho a concurrir con los legítimos para recibir su cuota herencial. Más tarde, el artículo 28 de la Ley 45 de 1936 les reconoció nuevamente el derecho sucesoral en concurrencia con la prole legítima, pero en forma restrictiva, limitando el beneficio a los hijos naturales concebidos con posterioridad a la fecha en que entró a regir este último ordenamiento legal.

El Tribunal llegó a la conclusión de "que si bien es cierto que la condición de hija natural la tiene la demandante desde el momento mismo de su nacimiento, calidad que le fue reconocida en legal forma por su padre, también lo es que ese carácter no le da el derecho a la herencia que pretende, por haber disposiciones legales expresas que no lo permiten".

Considera la Corte que tal conclusión es jurídica y consulta bien tanto la letra como el espíritu de nuestro sistema normativo, por las razones que pasan a exponerse:

Dice Roubier, al estudiar las leyes relativas a la constitución o a la extinción de una situación jurídica, que el ciclo de desenvolvimiento de una situación jurídica tiene tres momentos: el de su consti-

tución, el de sus efectos y el de su extinción. El primero y el tercero representan la dinámica; el segundo, la estática de esa situación.

Hay en primer lugar situaciones jurídicas que se constituyen o se extinguen en un solo momento, único momento, por ejemplo, un daño causado por un accidente de automóvil imputable al conductor del vehículo; pero hay situaciones jurídicas en las cuales su constitución o su extinción suponen, al contrario, ciertos periodos de tiempo: por ejemplo, una prescripción adquisitiva supone cierta etapa preliminar que debe prolongarse durante un período legal determinado.

Sucede también que un modo de extinción de una situación jurídica es, al mismo tiempo, un modo de constitución de otra, como la conversión que se haga de un estado de separación de cuerpos y de bienes en un estado de divorcio vincular. El período de constitución o de extinción de una situación jurídica puede tener una duración variable.

Al aplicar estas reglas teóricas al fenómeno de la transición de una legislación a otra, en lo relativo a la regulación de situaciones jurídicas, se expresa Roubier en estos términos:

"En síntesis, la ley nueva obra libremente sobre la situación en desarrollo, con la única condición de respetar los elementos jurídicos anteriores que tuvieran un valor propio, en sus condiciones de validez y en los efectos que han producido anteriormente: poco importa que se trate de elementos propiamente constitutivos o de elementos que obstaculicen la constitución, desde el momento que se trate de constitución en desarrollo".

"Frente a una situación jurídica en desarrollo de constitución o de extinción, las leyes que gobiernan la constitución o la extinción de una situación jurídica no pueden, sin retroactividad, afectar los elementos ya existentes, que forman parte de (u obstaculizan) esta constitución o esta extinción, en cuanto tienen un valor jurídico propio, y deben respetar este

valor jurídico, ya se trate de sus condiciones de validez o de los efectos jurídicos que hubieran producido; bajo otros aspectos, las leyes nuevas no son en forma alguna retroactivas cuando éstas pretenden aplicarse inmediatamente a una situación en desarrollo: pueden afectar los elementos constitutivos que no se habían reunido aún, crear condiciones nuevas, modificar o hacer desaparecer en lo futuro los efectos que no han producido todavía los elementos anteriores”.

Y más adelante agrega el mismo tratadista: “Los derechos de sucesión se abren al momento de la muerte de una persona, y es por consiguiente en ese momento preciso de la delación cuando la situación jurídica de heredero se establece”. (Paul Roubier. — “Les Conflits de Lois dans le Temps”, págs. 381 y 392).

— III —

Con vista de tales reglas doctrinarias sostiene la Corte las siguientes premisas:

a) Juana Francisca ostenta el estado civil de hija natural de Emiliano Duque, en virtud de reconocimiento expreso de su padre, que fue aceptado por la favorecida. Tal estado personal constituye un derecho adquirido, que no puede ser desconocido, modificado ni vulnerado por leyes posteriores, por tratarse de una situación jurídica debidamente constituida que escapa a la reglamentación de una ley nueva.

b) El orden sucesoral o la reglamentación legal del derecho de herencia, como modo de adquirir el dominio patrimonial, constituye a su vez una situación jurídica bien distinta del simple estado de las personas. El estado civil viene a ser un requisito o elemento que influye en la reglamentación y ejercicio del derecho de herencia, pero no se confunde e identifica con este mismo. El estado civil, una vez adquirido, constituye por sí solo una situación jurídica perfecta, sin relación alguna posible e hipotético efecto patrimonial sobre una herencia.

c) El derecho real de herencia, aun siendo ejercido por un legitimario, no se consolida y constituye desde que nace el heredero o desde que adquiere el estado civil que le confiere aptitud legal para reclamarlo. El derecho de herencia no es un derecho adquirido por el heredero durante la vida del causante, sino una mera expectativa para concurrir a recibir la cuota herencial que le corresponda, según las reglas sucesorales. Sólo en virtud de la muerte del causante y del fenómeno de la delación de la herencia y su consiguiente aceptación viene a radicarse el derecho sucesoral en cabeza del heredero, porque su expectativa o mera aptitud sucesoral, aun originada en un estado civil ya adquirido, no era una situación jurídica ya constituida en todos sus elementos, que debía ser respetada, sino una situación jurídica en formación o desarrollo, que sólo se constituye a la muerte del de cujus, en virtud de la delación.

d) Como consecuencia de las anteriores premisas, las leyes nuevas no tienen en forma alguna carácter retroactivo cuando pretenden aplicarse inmediatamente a una situación en desarrollo y pueden, por lo tanto, afectar elementos constitutivos que no se habían reunido aún, crear condiciones nuevas, modificar o hacer desaparecer en lo futuro los efectos que no han producido todavía los elementos anteriores.

e) Estos mismos principios científicos fueron los que inspiraron al legislador colombiano cuando los consagró en la Ley 153 de 1887, estatuto destinado precisamente a regular el tránsito de derecho anterior a derecho nuevo y a resolver los numerosos conflictos que ese tránsito habría de crear. Al efecto, tuvo en cuenta especialmente lo relativo a la regulación sucesoral de la descendencia ilegítima, y para salvar posibles dificultades consagró estos mismos principios en los siguientes textos legales:

“Artículo 25. Los derechos de los hijos ilegítimos o naturales se sujetan a la ley

posterior en cuanto su aplicación no perjudique a la sucesión legítima”.

“Artículo 28. Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley”.

— IV —

Resulta de lo dicho que Juana Francisca, a pesar de su condición de hija natural, no podía concurrir en 1937 a participar con los hijos legítimos en la sucesión de su padre natural Emiliano Duque, porque cuando ocurrió la delación de la herencia y se pudo radicar en su persona el pretendido derecho herencial ya se le había privado de éste, por virtud del artículo 86 de la Ley 153 de 1887, que reformó el 1045 del C. C. Tal expectativa sucesoral no entrañaba una situación jurídica consolidada y constituida, antes de la muerte de su padre; pero aun siéndolo, el artículo 28 de la misma Ley 153 lo sometía, en cuanto a su ejercicio y cargas y en lo tocante a su extinción, a las normas y condiciones de la nueva ley. Y el artículo 28 de la Ley 45 de 1936 tampoco le devolvió ese derecho herencial, porque lo limitó taxativamente a los hijos naturales concebidos con posterioridad a su vigencia.

Así lo resolvió la Corte en caso semejante al de autos, cuando dijo: “El estado civil constituido conforme a una ley, es un derecho adquirido que no puede ser vulnerado por leyes posteriores; lo mudable y que sí puede variar la ley poste-

rior, son los derechos y obligaciones anexos a ese estado, cuando los primeros no se han realizado ni se han cumplido los segundos”. (Casación, 3 de junio de 1913. *Jurisprudencia de la Corte*, Tomo II, número 911).

Fluye la conclusión de que no hay violación, por ningún concepto, de los preceptos legales señalados en la demanda de casación y que la tesis sustentada por el Tribunal es inobjetable, al negar el reconocimiento del pretendido derecho de herencia de la actora. Por ser infundados se rechazan todos los cargos.

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 Bogotá el veintinueve de julio de mil novecientos cuarenta, que ha sido materia de este recurso.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

Isaías Cepeda — José Miguel Arango.
Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca — Emilio Prieto H., Off. Mayor en pppdad.

FILIACION NATURAL. — HISTORIA EVOLUTIVA DEL DERECHO SOBRE ESTA MATERIA EN FRANCIA. — CINCO CASOS EN QUE PERMITE LA LEY FRANCESA LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD. — HISTORIA SOBRE LA MATERIA EN COLOMBIA — ANALOGIAS Y DIFERENCIAS ENTRE LAS DOS LEGISLACIONES. — EL ESTATUTO PATRIO NO SEÑALO TERMINOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCION DE INVESTIGACION. — LA MUERTE DEL PADRE NATURAL ES CAUSA DE LA EXTINCION DE ESA ACCION. — QUIEN ES LEGITIMO CONTRADICTOR, CONFORME A NUESTRA LEGISLACION, EN LA CUESTION DE PATERNIDAD. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 12 DE LA LEY 45 DE 1936. — RESPUESTA A VARIAS OBJECIONES.

1.—Los cinco casos en que con criterio de justicia social admite la ley 45 de 1936 la acción de investigación de la paternidad son similares en su esencia a los de la ley francesa de 1912, de suerte que las exposiciones de algunos expositores franceses como Josserand, Planiol y Ripert, Colin y Capitant sobre el particular tienen completa actualidad y aplicación al texto colombiano. Mas difieren las dos legislaciones en relación con los términos procesales para el ejercicio de la acción de estado y con la viabilidad y procedencia de la misma. Nuestra legislación no señala, como la francesa, términos perentorios para el ejercicio de la acción de investigación y, en cuanto a la viabilidad de la acción de investigación contra los herederos del presunto padre natural no es una misma la doctrina, pues en tanto que los tratadistas y la jurisprudencia franceses no admiten el fallecimiento del pretendido padre como causa extintiva del derecho del hijo, entre nosotros no cabe admitir lo mismo. Dentro del sistema normativo francés la doctrina y la jurisprudencia son rigurosamente lógicas. Tales doctrina y jurisprudencia, fundadas en el silencio de la ley francesa y en el señalamiento de plazos cortos prescriptivos, no pueden tener aplicación en nuestro país, dado que la ley colombiana se apartó en tales extremos de la francesa. Al efecto, el estatuto patrio

no fijó términos perentorios para el ejercicio de la acción; y en cambio la Ley 45 sí señaló de manera tácita o implícita la muerte del padre natural como causa de extinción de la acción. — 2. Los artículos 403 y 404 del Código Civil, a los cuales quiso darles estricta y obligatoria aplicación la Ley 45 de 1936, son de tan diáfana claridad que no es necesario acudir a reglas complicadas de hermenéutica para conocer e interpretar su sentido. Estatuyen y consagran que en controversias de esta índole sólo es legítimo contradictor el padre contra el hijo o viceversa, y que siempre que esté comprometida la paternidad "deberá intervenir el padre forzosamente". En consecuencia, siempre que en una cuestión esté comprometida la paternidad del hijo natural, deberá el padre intervenir, so pena de nulidad. Aunque la Corte comparte, en principio, la tesis general sobre la legitimidad de la personería de todo el que tenga interés jurídico sobre la materia, en perfecta armonía con ella acepta y sostiene que en estas acciones de investigación de la paternidad el Código colombiano ha sentado una expresa, definida y concreta excepción a ese principio general de derecho procesal. Tal excepción está consagrada por los artículos 403 y 404 del C. C., sin que el más ilustrado y generoso jurisprudencial pueda modificar la interpretación y alcance de esos textos legales. En ellos

se ha dispuesto que sólo puede ser legítimo contradictor el padre, so pena de nulidad, y que los herederos únicamente representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia. No hay fuerza de dialéctica que tenga la operancia de oscurecer o modificar el sentido natural y obvio de tales preceptos, que establecen en una norma procesal especial a esta clase de controversias sobre filiación. Y si el artículo 7º de la Ley 45 dispone perentoriamente que tales reglas del Código sean de obligatoria aplicación a los juicios de filiación natural, no es posible hacer un esquinque a tan imperativos preceptos, para ir a derogarlos con el pretexto de darles aplicación a simples reglas de derecho procesal, que no se compadecen con nuestro sistema normativo en la materia. — 3. En el artículo 403 se reconoce como exclusivo y legítimo contradictor en estos juicios al mismo padre, o a sus herederos o representantes, si fallece antes de fenecer el proceso. Si no fuera esta la única interpretación que puede dársele al mencionado texto, quedaría sin sentido ni aplicación el artículo 404, en cuya virtud los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; lo que quiere decir que la acción tiene que iniciarse en vida del pretendido padre. Estima la Corte que al artículo 401 no puede dársele otra interpretación distinta de la de que los fallos en esta clase de juicios deben siempre producir efectos obligatorios para toda persona "erga omnes", aunque no hayan estado representadas en el litigio, porque la naturaleza intrínseca de esta clase de controversias y la trascendencia de la declaración de filiación así lo exigen. Para esto sólo es necesario que se haya proferido la sentencia contra legítimo contradictor (artículo 402), pues bien claro resulta que si no existe en la parte opositora capacidad jurídica para ser parte, ningún resultado puede producir la declaración judicial de paternidad. Los fallos de filiación, para que prosperen, siempre han de seguirse contra legítimo contradictor, so pena de nulidad, y esos fallos siempre produ-

cirán efectos "erga omnes". — 4 Si en Francia nadie discute que el hijo tiene derecho a obtener la declaración de su filiación natural después de muerto el padre, eso se explica en presencia de terminantes preceptos como el artículo 1351 del Código Civil francés y la ley de 16 de noviembre de 1912; pero en Colombia resulta que nuestro Código Civil, en sus artículos 401 a 403, y la Ley 45 de 1936 en su artículo 7º disponen cosa distinta. El artículo 401 del C. C. colombiano consagra no la teoría del legítimo contradictor, sino el principio de los efectos absolutos de las sentencias sobre filiación; de manera que la regla pragmática del artículo 17 del C. C. no es aplicable a los procesos sobre filiación legítima o ilegítima, porque el legislador colombiano así lo ha querido al consagrar la regla de excepción del artículo 401, que atribuye efectos absolutos a esta clase de fallos. Por esa circunstancia no pueden tener aplicación en Colombia las reglas del derecho francés, ni puede adoptarse la jurisprudencia francesa sobre relatividad de estas decisiones, ni caben las observaciones de los doctrinales franceses. — 5. No comparte la Corte el concepto de que la teoría del legítimo contradictor nada tiene que ver con el derecho del hijo a ejercitar la acción de reconocimiento ante los herederos del padre, porque nuestro legislador quiso precisamente que estas acciones sobre reconocimiento de la paternidad natural se siguieran con el supuesto padre, como legítimo contradictor en el proceso, y ante esa exigencia perentoria de nuestro sistema normativo es claro que la tesis del legítimo contradictor sí tiene que ver con la pretendida facultad del hijo para ejercitar la acción ante los herederos del padre. — 6. El estado civil de hijo natural no puede adquirirse después de fallecido quien debía aceptarlo o rechazarlo, quien debía ser vencido en juicio por quien lo pretendiera, y una cosa es la transmisibilidad a los herederos de los derechos y obligaciones del *de cuius*, y otra totalmente distinta el estado civil, que no es derecho transmisible. — 7. Al recha-

zar la Corte cualquiera interpretación de los textos legales citados que se base en teorías transaccionales francesas o en determinadas interpretaciones jurisprudenciales que no sean las que claramente establecen los preceptos de nuestro Código Civil, no admite la distinción que pretende establecer entre la tesis del legítimo contradictor y la viabilidad misma de la acción, pues si nuestra ley dijera en alguna de sus normas que los fallos sobre filiación tienen efectos absolutos cuando interviene el contradictor legítimo, y sólo retaliivos cuando se obtiene contra los herederos o causahabientes, habría razón para formular esa glosa. Pero como lejos de aceptar esa distinción consagra en el artículo 401 que esta clase de procesos sólo pueden adelantarse contra legítimo contradictor, aparece evidente que esa conclusión o distinción es infundada porque nuestra ley no la hace en texto alguno. — 8. Nadie nace hijo natural respecto de su padre y para adquirir ese estado se requiere el cumplimiento de alguno de los dos requisitos que establece el artículo 1º de la Ley 45 de 1936: reconocimiento voluntario del padre por alguno de los medios solemnes que estatuye taxativamente el artículo 2º, o declaración judicial de filiación natural, hecha conforme a lo dispuesto en la citada ley. — 9. Por lo demás, la tesis de la Corte, que es la consagrada en textos expresos de nuestra legislación civil, resulta mucho más generosa, más eficaz y más protectora que las adoptadas en otras legislaciones, como las de Francia, Alemania, Bélgica, Suiza, etc., dado que en nuestro país y con aplicación de esta doctrina, la acción de reconocimiento puede ejecutarse durante toda la vida del pretendido padre, mientras que en aquellas legislaciones se han fijado términos cortos para su viabilidad y ejercicio. Ni se ajusta a la realidad del cargo de que se ha adulterado el pensamiento que tuvo el legislador al dictar esa Ley 45 de 1936, porque éste no tuvo la voluntad, ni menos el propósito de asignarle al nuevo estatuto la extensión y la eficacia a que se aspira con la interpretación

que se pretende. Ni la doctrina de la Corte puede tacharse de exegética porque no está reñida con el método de interpretación científica.

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

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes

Como hechos fundamentales de la demanda se adujeron los siguientes por la parte actora:

1º Luciana Meléndez y José María Farfán hicieron vida marital desde el 2 de junio de 1930.

2º Durante el tiempo a que se refiere el hecho anterior tuvieron un hijo natural llamado Régulo, quien nació el 28 de abril de 1931.

3º Desde el 2 de junio de 1930 hasta el día de su muerte, José María Farfán hizo vida públicamente con Luciana Meléndez, y con su hijo Régulo.

4º Desde la fecha citada — 2 de junio de 1930 — Luciana Meléndez vivió bajo un mismo techo con José María Farfán.

5º Desde que nació el menor Régulo el señor José María Farfán proveyó a su subsistencia, educación, trato, y lo presentaba a sus vecinos y familiares como su hijo, vecinos, amigos y familiares que lo trataban como hijo de Farfán, por razón del trato que, como tal, le daba Farfán.

6º El trato a que se refiere el punto anterior se lo dio Farfán al menor Régulo hasta el día de su muerte, 15 de abril de 1937”.

Juicio ordinario

El doctor Antonio Escobar Camargo, en su condición de apoderado del menor Régulo y con poder especial de Luciana Meléndez, presentó demanda ordinaria ante

el Juez Primero del Circuito en lo Civil de San Juan del Córdoba, el 19 de abril de 1938 contra la señora Carmelina de Farfán, suplicando que se hicieran las declaraciones siguientes:

“1º Que el hijo natural de Luciana Meléndez llamado Régulo, es hijo natural de José María Farfán, quien murió en esta ciudad, habiendo tenido su último domicilio en esta ciudad de Ciénaga.

2º Que el citado menor Régulo, hijo natural de Luciana Meléndez, como hijo natural que es de José María Farfán, debe ser tenido como heredero de éste e intervenir en el juicio de sucesión que se ventila en el Juzgado Primero del Circuito de esta ciudad”.

Puso término a la primera instancia el Juez a quo, en sentencia fechada el 14 de agosto de 1939, en la cual declara que el menor Régulo es hijo natural del finado José María Farfán y tiene, por tanto, derecho a intervenir en el juicio de sucesión intestada de éste, como heredero.

En primer término, sostiene el juez de instancia que consta en los autos que el menor Régulo nació el 28 de abril de 1931; pero como no se ha establecido plenamente en el proceso que Farfán y la Meléndez se hubieran unido sexualmente, con anterioridad, durante el lapso de ciento ochenta días, no existe la presunción de la paternidad natural en lo que respecta a Farfán.

Pero a juicio del juez sí aparece demostrado plenamente que Farfán trató al menor Régulo como hijo suyo, proveyendo con lo necesario para su alimentación, vestido, educación, etc., por lo cual se ha cumplido el requisito consagrado en el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, que establece en qué consiste la posesión notoria del estado civil de hijo natural.

Como entre las disposiciones que según el artículo 7º de la precitada Ley 45 deben aplicarse a esta clase de procesos se encuentra el artículo 398 del C. C., según el cual para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del mismo, deberá haber durado diez años

continuos por lo menos, a juicio del juez de instancia el problema que hay que resolver en este negocio es saber si tal disposición es de estricta aplicación en casos como el de autos, en que la posesión notoria no abarca dicho lapso, debido a que el padre ha muerto antes de vencerse los diez años, pues aparece demostrado que Farfán murió a los seis años largos de haber nacido Régulo.

En concepto del Juez la lógica y el sentido común indican que en estos casos la prueba sólo debe versar respecto del tiempo en que tal estado ha existido, es decir, sobre la realidad misma de las cosas, porque mal se podría acreditar posesión notoria por un tiempo mayor del transcurrido, y sería un absurdo y una suprema injusticia que ese derecho quedara sacrificado en tales circunstancias. Fundado en tal conclusión hizo la declaratoria de paternidad y aceptó la posesión notoria de dicho estado.

La sentencia acusada.

En virtud de apelación interpuesta por la parte demandada subieron los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, el que, previo el trámite de rigor, pronunció sentencia de segunda instancia fechada el 15 de julio de 1940, en la cual confirma en todas sus partes el fallo apelado.

Prohija el Tribunal la misma tesis del juez inferior, en lo relativo a la comprobación de la posesión notoria de estado civil y así se expresa en el fallo que viene acusado en casación:

“No hay constancia en el juicio del tiempo que duró la posesión notoria que aquí se ha alegado. Se puede aceptar que ella duró el mismo tiempo que duró la unión de Farfán con la señora Meléndez, o sea, desde el año de mil novecientos treinta, a fines, hasta la muerte de aquél. En todo caso, no duró los diez años que la ley (artículo 398 del C. C.) señala o a lo menos no está probado ese lapso. En esas condiciones, si hubiera de aceptarse

que no probado el lapso de diez años, no se admite la prueba, el pleito no tiene otro camino para el fallo que negar lo pedido por la señora Luciana Meléndez. Pero a este respecto la opinión de algunos expositores respetables se ha pronunciado en el sentido de no dar a la ley una interpretación que anule un derecho cuando las circunstancias han impedido que el lapso de diez años ha dejado de cumplirse por imposibilidad, como cuando el padre, y ese es el caso aquí, ha muerto antes de ese término. Las citas que hace el fallo de primera instancia son pertinentes. Además, en decisión que este Tribunal dictó el año pasado sostuvo la misma doctrina”.

El recurso.

El doctor Antonio del Castillo M., como apoderado de la demandada Carmelina de Farfán, acusa en casación la sentencia del Tribunal por los motivos primero y sexto de los consagrados en el artículo 520 del C. J. Formula a espacio tres cargos al fallo acusado, pero cualquiera que la Corte encuentra debidamente fundado el segundo cargo, de conformidad con el artículo 538 del C. J. no considera los restantes y limita su estudio a aquel que, a su juicio, es suficiente para quebrar la providencia recurrida.

Segundo cargo. Acusa el recurrente la sentencia por ser violatoria de la ley sustantiva, al haber incurrido el Tribunal sentenciador en infracción directa e interpretación errónea de los artículos 403 y 404 del C. C. y 7º de la Ley 45 de 1936.

Dice el recurrente que en la reforma consagrada por la Ley 45 de 1936 no hay prescripción expresa y sólo se habla de la aplicabilidad de los artículos 398 a 406 del C. C., los cuales surge una limitación al ejercicio de las acciones declaratorias de hijo natural, limitación que consiste en la mayor o menor existencia o vida que pueda tener el pretendido padre, ya que sólo en vida de él se puede establecer ese estado civil, en consideración a su

calidad de legítimo contradictor en la controversia.

También reglamenta dicha ley lo relacionado con las personas que pueden intervenir en esta clase de juicios, apartándose en sus disposiciones de la regla general que consagra el artículo 233 del C. J., que establece el derecho a intervenir en juicio a favor de todas las personas a quienes pueda aprovechar o perjudicar una sentencia. A juicio del recurrente los preceptos legales mencionados, cuya interpretación y alcance han sido tan discutidos, forman un todo debidamente ordenado y lógico y determinan un presupuesto procesal de carácter especial en los juicios sobre filiación natural, tanto en lo relacionado con la calidad de las partes que han de intervenir con personería especial, como a los efectos jurídicos de las sentencias que en ellos se prefieran, las que siempre han de producir efectos absolutos o erga omnes. La errónea interpretación dada por el Tribunal sentenciador a tales preceptos originó la infracción directa de los artículos 403 y 404 del C. C.

ESTUDIO DEL CARGO

Capítulo primero.

Estima la Corte que este proceso plantea en casación una cuestión idéntica, en su fondo y en su forma, a la dilucidada en el juicio ordinario seguido por Jorge Horacio Osorio contra Tomasa Calderón o Centeno, que fue fallado en sentencia de casación fechada el 26 de abril de 1940 (G. J. Tomo XLIX, pág. 249). En ambos procesos se ha planteado la cuestión relativa a la falta de capacidad jurídica de la demandada para ser parte en este juicio de filiación, lo que conduciría a la conclusión de que no puede hacerse contra ella o con audiencia de ella la declaración de filiación natural impetrada por el actor, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 403 y 404 del C. C., en relación con el 7º de la Ley 45 de 1936.

En vista de esta perfecta armonía tanto de la cuestión fundamental debatida, como del cargo formulado en casación, se pasan a transcribir, para fundamentar este fallo, los mismos razonamientos que en aquella sentencia se adujeron, a saber:

“Filiación natural. Evolución del Derecho en esta materia

A) — EN FRANCIA:

“A través del derecho feudal europeo se halla reconocido y consagrado el principio de la libre investigación de la paternidad, como un postulado de derecho natural que inclina fatalmente a los seres a buscar y conocer a sus progenitores.

“Así lo consagró el derecho francés de la antigua monarquía, pero tal régimen de la libre investigación de la paternidad vino a ser abolido por la Revolución Francesa, en la ley del 12 de Brumario, año II, promulgada por la Convención revolucionaria, que así procedió a pesar de haber sentado principios rígidos de justicia social e igualdad jurídica y de haber abolido todas las prerrogativas del sistema feudal.

“Las razones que asistieron a la Convención para proceder con tan severo criterio nos las explican los expositores Planiol y Ripert en su “*Traité Elementaire de Droit Civil*”, en esta forma: “En el antiguo Derecho, hasta la Revolución, la investigación de la paternidad era libre, aunque con fines distintos de los actuales, porque los bastardos carecían de derechos sucesorales: se dirigía al único objeto de obtener alimentos. Sin embargo, las acciones de investigación eran frecuentes. Los procesos de este género vinieron a ser, según la expresión de Rigot du Presmeneu, el azote de la sociedad. Tronchet refiere que las muchachas que querían dar un padre a sus hijos, perseguían al más rico de los que las habían frecuentado. Cuando una muchacha se declaraba en cinta e indicaba un hombre como el autor de su embarazo, ese hom-

bre era condenado sin remedio, con la simple afirmación de ella, a proveer provisionalmente a los gastos del parto de la madre y al mantenimiento del hijo. De ahí el adagio: *Virgini praegnati creditur*”.

“Expirada en Francia la etapa revolucionaria, el Código de Napoleón de 1604 consagró el mismo criterio revolucionario, al prohibir en el artículo 430 la libre investigación de la paternidad ilegítima, con la única excepción del caso del rapto.

“Al decir de los principales redactores de tan famosa obra, el antiguo sistema deshonró la justicia y asoló la sociedad. Tal norma prohibitiva se mantuvo en Francia hasta 1912, en que —atendiéndose a la opinión expresada por tratadistas y tribunales contra la inflexibilidad de la prohibición— se dictó la Ley de 16 de noviembre de 1912, que autoriza la investigación de la paternidad en cinco casos, aunque manteniendo implícitamente la prohibición en principio.

“El eminente expositor Luis Josserand explica en su *Cours de Droit Civile Français* tal evolución del derecho francés en materia de investigación de la paternidad. Dice así: “En nuestro antiguo Derecho la investigación de la paternidad era libre, y aun cuando no podía aspirarse a recoger una herencia, puesto que en aquella época no heredaban los bastardos, se utilizó de manera muy frecuente y abusiva. Por eso el derecho intermedio tuvo que reaccionar prohibiendo la investigación de la paternidad natural. El Código Civil siguió al derecho revolucionario en el sentido en que se había orientado... La Jurisprudencia no podía hacer cosa distinta de inclinarse ante la prohibición formulada por razones de orden público... Una campaña de protesta se inició contra el régimen del Código Civil, que consagraba el derecho del más fuerte, por escritores, dramaturgos, sociólogos y moralistas. Esta campaña tuvo su culminación en 1912, en que vino a autorizarse la investigación de la paternidad natural... Esta ley, con espíritu de moderación, de humanidad y de justicia, realiza una tran-

sacción aceptable entre los intereses antagonicos que se enfrentan en las relaciones extramatrimoniales. El dogma de la irresponsabilidad del padre natural se quebranta, sin que se abra la puerta a los abusos y a las tentativas de chantaje... La ley de 1912 no cambió completamente la situación anterior; no abolió la regla que prohíbe la investigación de la paternidad natural. Se limitó a consagrar importantes derogaciones al principio; pero la base no se cambió, y por consiguiente, la ley de 1912 requiere interpretación restrictiva". (Págs. 679 a 681).

"Los cinco casos en que permite la ley francesa de 1912 la investigación de la paternidad son los siguientes:

"1º En caso de raptó o violación, cuando la época del raptó o de la violación coincide con el de la concepción;

2º En el caso de seducción realizada mediante actos dolosos, abuso de autoridad, promesa de matrimonio o de esponsales, si existe un principio de prueba por escrito, según indica el artículo 1347;

"3º En el caso de que existan cartas u otro escrito privado cualquiera del presunto padre y de los cuales resulte una confesión inequívoca de paternidad;

"4º En el caso de que el pretenso padre y la madre hayan vivido en concubinato notorio durante el período legal de la concepción;

"5º En el caso de que el pretenso padre haya provisto o participado, en calidad de padre, al mantenimiento y educación del hijo".

"Comentando Planiol y Ripert esta reforma y la nueva redacción del artículo 340 del Código Francés, dicen que "La enumeración legal es limitativa y los Tribunales no pueden declarar arbitrariamente una filiación fuera de los casos previstos".

"B) En Colombia.

"Calcado nuestro Código Civil en el proyecto primitivo de don Andrés Bello, todo su ordenamiento fue inspirado en el Código de Napoleón, la legislación canónica y el antiguo derecho español. Bajo tales

influencias dividió la progenie en dos clases: hijos legítimos e ilegítimos, y dentro de éstos los de dañado y punible ayuntamiento, los naturales (ilegítimos reconocidos) y los simplemente ilegítimos. Eran hijos naturales los nacidos fuera del matrimonio, pero reconocidos por sus padres o por uno de ellos, reconocimiento que debía hacerse por instrumento público entre vivos o por acto testamentario. (Artículo 318 del C. C. derogado por el art. 65 de la Ley 153 de 1887).

"Nuestro código no quiso adoptar el sistema prohibitivo del francés en lo relativo a la investigación de la paternidad, y, separándose de tales influencias, adoptó el principio contrario, de la libertad de investigación. Al efecto, todo hijo nacido fuera del matrimonio y no reconocido voluntariamente por sus padres, en la forma anterior, podía hacer que su padre o madre lo reconociera, haciéndole citar ante el Juez para que, bajo juramento, declarara sobre la pretendida paternidad. Tal investigación podía solicitarla el mismo hijo natural personalmente o por intermedio de cualquier persona que probara haber cuidado de su crianza. (Artículos 319 a 323 del C. C. derogados por el artículo 65 de la Ley 153 de 1887).

"Pero conviene advertir que tanto el reconocimiento voluntario de los padres naturales, como la declaración judicial de paternidad, estaban destinados a producir en el sistema de nuestro código limitados efectos jurídicos, tales como el deber de los padres de cuidar personalmente de sus hijos y atender a los gastos de crianza y educación, incluyéndose en esta última la enseñanza primaria y el aprendizaje de una profesión u oficio (artículos 333 y 334 del C. C. derogados por el artículo 75 de la Ley 153 de 1887).

"La Ley 153 de 1887 incorporó en nuestra legislación civil modificaciones sustanciales al régimen consagrado por el Código en materia de filiación ilegítima. Ante todo, sólo otorgaba la condición y prerrogativas de hijo natural al nacido fuera de matrimonio que no proviniera,

a la vez, de dañado ayuntamiento; quedando éstos, es decir, los adulterinos e incestuosos, al margen de toda protección de la ley, salvo la excepción del artículo 66 de la Ley 153 de 1887 respecto de los alimentos.

“Igualmente adoptó este nuevo estatuto el sistema del Código francés, consagrando que el reconocimiento era un acto libre y voluntario del padre o de la madre que reconoce; lo que equivale a prohibir implícitamente la investigación de la paternidad en las uniones ilegales. Cuando el reconocimiento provenía de un acto voluntario, debía hacerse por instrumento público o por acto testamentario; debía ser aceptado o repudiado por el hijo; podía ser impugnado por toda persona que probara tener interés actual en ello; y tampoco debía producir otros efectos que los de cuidar personalmente de los hijos naturales y atender a los gastos de su crianza y alimentación, incluidos los de la enseñanza primaria y el aprendizaje de una profesión u oficio. (Artículos 54 a 59, 61 y 62 de L. 153 de 1887).

“Una sola excepción vino a consagrarse dentro de este nuevo régimen prohibitivo de la investigación de la paternidad, en el artículo 7º de la Ley 95 de 1890, al sentar la presunción de reconocimiento por parte de la madre respecto de los hijos concebidos por ella siendo soltera o viuda, los que en consecuencia tendrían el carácter de naturales con relación a su madre.

“Este régimen restrictivo de la investigación perduró hasta que vino a ser modificado por el actual estatuto, consagrado en la Ley 45 de 1936, que autoriza la investigación y la consiguiente declaración judicial de la paternidad en determinados casos, taxativamente señalados en el artículo 4º de esta ley.

“En virtud de la Ley 45 se abolieron las distinciones existentes entre hijos de dañado ayuntamiento, naturales o simplemente ilegítimos, considerándose genéricamente como naturales los habidos fuera de matrimonio, cuando hayan sido re-

conocidos o declarados tales con arreglo a las normas de la misma ley.

— II —

“Analogías y diferencias existentes entre las dos formas.

“Los cinco casos en que con criterio de justicia social admite la Ley 45 de 1936 la acción de investigación de la paternidad son similares en su esencia a los ya transcritos de la ley francesa de 1912, y por eso no es necesario reproducirlos. De tal analogía se desprende que los comentarios que hacen los expositores franceses Josserand, Planiol y Ripert, Colin y Capitant, alrededor de los fundamentos de esas causales de investigación, tienen completa actualidad y aplicación al texto colombiano. No es en esta materia donde la Corte considera que debe separarse del ilustrado criterio de tan doctos tratadistas, sino en otras en que sí existe positiva diferencia entre las dos reformas, porque la ley colombiana quiso consagrarlas.

“Tales diferencias se refieren a dos extremos fundamentales, a saber: A) Términos procesales para el ejercicio de la acción de estado; B) Viabilidad y procedencia de la misma.

“A) Ejercicio de la acción de estado.

“Es esta la primera cuestión en que la reforma colombiana se apartó de la francesa, porque mientras nuestra Ley 45 no señaló términos perentorios y especiales para el ejercicio de la acción de investigación, sí los señaló el ordenamiento francés de 1912, determinando así estos plazos: dos años para la madre o el tutor dativo, que se cuentan desde la fecha del parto, si no ha habido concubinato notorio (ordinal II); en caso de haber existido éste o cuando el padre ha contribuido al mantenimiento o educación del hijo, los dos años se cuentan desde la cesación de las relaciones (ordinal 12); si la acción no ha sido intentada durante la menor edad, tiene el hijo un año para pro-

moverla, contando desde cuando llegue a la mayor edad (ord. 13).

“Colin y Capitant, en su “Cours de Droit Civil”, explican de esta manera el fundamento de tales plazos restrictivos señalados por la ley francesa para el ejercicio de esta acción: “La ley de 16 de noviembre de 1912 ha incluido igualmente en un plazo bastante breve el ejercicio de la acción que en ella se organiza. Considera que importa no dejar al pretendido padre bajo la amenaza indefinida de un proceso. Por otra parte, las legislaciones extranjeras señalaron el camino a la nuestra concediendo un plazo bastante corto a la investigación (Suiza e Inglaterra: un año; Bélgica: tres años; Holanda y Alemania: tres años).

“Esta marcada diferencia existente entre la ley francesa y la nuestra, tiene trascendental importancia para poder apreciar con toda claridad por qué en Francia sí se puede enderezar esta acción contra los herederos o causahabientes del padre fallecido, y en Colombia no es esto posible, dentro del ordenamiento legal que rige esta materia. Esto se explica, entre otras razones que luégo se expondrán, porque en la ley francesa los plazos breves y perentorios señalados para el ejercicio de la acción, no pueden modificarse ni menos suspenderse o extinguirse por la muerte del padre; de ahí que con la más rigurosa lógica los tratadistas y la jurisprudencia francesa no admitan el fallecimiento del pretendido padre como causa extintiva del derecho del hijo, cuando esta muerte ocurre pendientes aún los términos legales para el ejercicio de la acción.

B) “Viabilidad y procedencia de la acción de estado.

“El señor Procurador Delegado en lo Civil sostiene la tesis contraria a la expuesta, y arguye que en Colombia también es viable la acción de investigación contra los herederos del presunto padre, fallecido antes. Se funda en el concepto

de ilustrados comentadores franceses, y transcribe el de Savatier, quien, en su obra “La Recherche de la paternité”, sostiene que, aunque la muerte del presunto padre hace más difícil la situación procesal de la parte demandada, no se opera la extinción de la acción porque la ley francesa nada en contrario estatuye sobre el particular, y porque siendo taxativa la inadmisibilidad, no se puede suplir por interpretación el silencio de la ley.

“Considera la Corte que dentro del sistema normativo francés son rigurosamente lógicos los anteriores comentarios.

Pero tal doctrina y jurisprudencia, fundados en el silencio de la ley francesa y en el señalamiento de plazos cortos prescriptivos, no pueden tener aplicación en nuestro país, dado que la ley colombiana se apartó en tales extremos de la francesa. Al efecto el estatuto patrio no fijó términos perentorios para el ejercicio de la acción; y en cambio —éste es el argumento básico de la tesis sustentada en este fallo— la Ley 45 sí señaló de manera tácita o implícita la muerte del padre natural como causa de extinción de la acción, como pasa a demostrarlo la Sala.

“El artículo 7º de la Ley 45 de 1936 dispone que son aplicables a las controversias sobre filiación natural los artículos 401, 403 y 404 del C. C. Estos dos últimos preceptos son de este tenor:

“Artículo 403. Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad el hijo contra la madre o la madre contra el hijo.

“Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo, deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad.

“Artículo 404. Los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; y el fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de ellos, aprovecha o perjudica a los coherederos, que, citados, no comparecieron”.

“Los anteriores textos son de tan diá-

fana claridad que no es necesario acudir a reglas complicadas de hermenéutica para conocer e interpretar su sentido. Estatuyen y consagran que en controversias de esta índole sólo es legítimo contradictor el padre contra el hijo o viceversa, y que siempre que esté comprometida la paternidad “deberá intervenir el padre forzosamente” (subraya la Corte), so pena de nulidad.

“Es evidente que esos preceptos del Código Civil fueron dictados para regular los litigios sobre filiación en general; pero como la Ley 45, que viene a reglamentar la filiación natural sobre nuevos postulados de justicia social, estimó prudente darles estricta y obligatoria aplicación en controversias de esta última naturaleza, ningún recurso de sana lógica puede ofrecer otra interpretación, distinta a la de que son obligatoriamente aplicables al caso de autos; en consecuencia, siempre que en una cuestión esté comprometida la paternidad del hijo natural, deberá el padre intervenir, so pena de nulidad.

“Sostiene el Procurador Delegado, en su memorial de oposición, que tal interpretación dada al artículo 7º de la Ley 45 de 1936 es fruto del criterio exegético, porque “es norma de derecho procesal que puede ser sujeto pasivo de una acción civil todo aquel que ostente un interés jurídico en la oposición. Para que el ejercicio de una acción civil se sustraiga a esta norma general —agrega— es indispensable que un precepto expreso y claro de la ley así lo establezca. Un precepto tal es de excepción y de limitada interpretación y aplicación”. Más adelante dice: “No hay texto legal claro y expreso que consagre la extinción de la acción en referencia por muerte del pretendido padre. El recurrente saca esta conclusión interpretando extensivamente los artículos 403 y 404 del C. C. Pero según lo anteriormente dicho, tratándose de un caso de excepción a las reglas generales del

derecho procesal, toda interpretación ha de ser restringida”.

“Considera la Corte que carece de fundamento la glosa que hace el representante del Ministerio Público, de que se aplica un criterio exegético al aceptarse la anterior conclusión. Comparte, en principio, la tesis general que acaba de transcribirse sobre legitimidad de la personería de todo el que tenga interés jurídico; y en perfecta armonía con ella, acepta y sostiene que en estas acciones de investigación de la paternidad el Código colombiano ha sentado una expresa, definida y concreta excepción a ese principio general de derecho procesal, de que todo el que tenga interés jurídico en los resultados judiciales de una acción, puede accionar u oponerse en el respectivo proceso. Tal excepción viene consagrada por los artículos 403 y 404 del C. C., sin que el más ilustrado y generoso criterio jurisprudencial pueda modificar la interpretación y alcance de esos textos legales. En ellos se ha dispuesto que sólo puede ser legítimo contradictor el padre, so pena de nulidad, y que los herederos únicamente representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia. No hay fuerza de dialéctica que tenga la operancia de obscurecer o modificar el sentido natural y obvio de tales preceptos, que establecen una norma procesal especial a esta clase de controversias sobre filiación. Son preceptos de excepción, es verdad; y limitados como se quiera en su interpretación y aplicación, siempre conducen, dentro del criterio hermenéutico más científico, a limitar en estos juicios el papel de opositor al padre, contra quien debe enderezarse la demanda e iniciarse, cuando menos, el litigio.

“Y si el artículo 7º de la Ley 45 dispone perentoriamente que tales reglas del Código sean de obligatoria aplicación a los juicios de filiación natural, no es posible hacer un esguince a tan imperativos preceptos, para ir a derogarlos con el pretexto de darle aplicación a simples reglas de derecho procesal, que no se compade-

cen con nuestro sistema normativo en la materia.

“Considera el vocero del Ministerio Público que admitir el término extintivo de la acción de investigación de la paternidad es ir contra los fines sociales de la ley, que los consagra con absoluta independencia de la voluntad del padre. A tales observaciones observa así la Corte:

“a) La ley francesa, que en parte se tuvo en cuenta al dictarse la Ley 45, estableció, esa sí, términos cortos de prescripción de tal acción, “para no abrirle la puerta a los abusos y a las tentaciones de chantage”, como dice Jossierand; de donde se desprende que el pensamiento de los autores del sistema no era crear un medio de investigación judicial que sometiera sin restricciones al presunto padre o a sus herederos o causabientes a las amenazas de una inquisición indefinida; b) Limitar implícitamente su ejercicio a la vida del pretendido padre no es someter a su voluntad los resultados del proceso, porque éste no tiene poder de limitar su existencia, que puede ser longeva; c) El alto fin social de la Ley 45 es proteger a la progenie extramatrimonial y desamparada, tutelándola contra el abandono paterno o el olvido de elementales deberes impuestos por la naturaleza; pero tal protección no debe extravasar los límites de la necesidad, ni convertirse en constante amenaza de la familia, otorgándole a los aspirantes temerarios de herencias un instrumento eficaz para perturbar el ritmo de los hogares, cuando una vez fallecido el presunto padre, se hace más difícil y expuesta a errores la investigación de la paternidad.

“De allí que las legislaciones más avanzadas, como las de Francia, Suiza, Holanda, Bélgica, Inglaterra y Alemania, hayan establecido plazos precisos y cortos para la extinción de la acción, a efecto de concretar el debate dentro de limitaciones cronológicas que hagan factible la investigación de la paternidad. La ley colombiana no ha fijado términos espe-

ciales para su ejercicio, pero estimó necesario la presencia del pretendido padre en el debate, y por eso actualizó para estos casos la aplicación de los artículos 403 y 404 del C. C.

“Hay otro argumento del Procurador Delegado que conviene estudiar para apreciar su carencia de operancia al caso de autos. Dice que el legítimo contradictor de que habla el artículo 403 “considerado en la persona física del pretendido padre, es únicamente para los efectos jurídicos procesales de que tratan los dos artículos anteriores a saber, para que el fallo sobre filiación produzca efectos erga omnes, y nó únicamente respecto de las personas que han intervenido en el juicio”.

“No alcanza a ver la Corte en qué funda esta trascendental distinción el señor Jefe del Ministerio Público al sostener que un fallo judicial sobre filiación solamente produce efectos erga omnes cuando se dicta contra el padre como legítimo contradictor; pero que ese mismo fallo produce efectos limitados a las partes cuando se pronuncia contra los herederos o representantes del pretendido padre. Bien estudiados tales preceptos se ve que no consagran ellos tan importante diferenciación sobre las resultas del proceso; y donde la ley no distingue, no le es lícito hacerlo al juzgador.

“Lo que se desprende de tales preceptos es una consecuencia jurídica bien distinta de la deducida. En el artículo 403 se reconoce como exclusivo y legítimo contradictor en este juicio al mismo padre, o a sus herederos o representantes, si fallece antes de fenecer el proceso. Si no fuera ésta la única interpretación que puede dársele al mencionado texto, quedaría sin sentido ni aplicación el artículo 404, en cuya virtud los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; lo que quiere decir que la acción tiene que iniciarse en vida del pretendido padre.

“Estima la Corte que al artículo 401 del C. C. no puede dársele otra interpretación distinta de la de que los fallos en esta clase de juicios deben siempre producir efectos obligatorios para toda persona aunque no haya estado representada en el litigio, porque la naturaleza intrínseca de esta clase de controversias y la trascendencia de la declaración de filiación así lo exigen. Para esto sólo es necesario que se haya proferido la sentencia contra legítimo contradictor (artículo 402), pues bien claro resulta que si no existe en la parte opositora capacidad jurídica para ser parte, ningún resultado puede producir la declaración judicial de paternidad. Quiere esto decir que con tales preceptos sólo se ha querido consagrar una excepción a lo establecido en los artículos 17 del C. C. y 473 del C. J., que limitan los efectos relativos de los fallos judiciales respecto de las personas que han intervenido en el proceso. Los de filiación, para que prosperen, siempre han de seguirse contra legítimo contradictor, so pena de nulidad, y los fallos siempre producirán efectos *erga omnes*.

— I I I —

“Las relaciones del progenitor al procreado comprenden como es obvio dos términos o factores esenciales, el del padre y el del hijo, y entrañan dos fenómenos legales: la paternidad respecto del primero, la filiación respecto del segundo.

“Estos dos fenómenos se traducen o dan nacimiento al ejercicio de las acciones judiciales correspondientes, que pueden dividirse en dos grandes categorías: a) la de impugnación del estado civil del hijo legítimo, estado constituido, y b) la encaminada a obtener un estado civil no constituido previamente. Como ejemplo de la primera categoría está la impugnación de la legitimidad del hijo; como ejemplo de la segunda, la investigación y declaración de la paternidad natural.

“En el primer caso se parte de la existencia de un acto normal y legal, el matrimonio, que con su presunción *pater is est quem nuptiae demostrant*, ampara y cobija la legitimidad de los hijos nacidos de esa unión normal y permanente por su naturaleza. De ahí que sólo destruida tal presunción, surja la ilegitimidad del hijo. La regla, pues, en el matrimonio es la legitimidad; la excepción, la ilegitimidad.

“En las uniones libres en donde no se presume legalmente la fidelidad de la mujer y que no son permanentes por su naturaleza, y esto es lo que distingue el matrimonio del concubinato, según apuntan los autores, el fruto de aquéllas, no puede adquirir el estado civil de hijo natural, por presunción, que ampare esa unión, sino que es preciso por medio de pruebas adecuadas, convertir el estado civil o situación irregular o anormal, que esa sí se presume, en un estado civil regular, el de hijo natural, el cual pasa, en ese caso, a un estado civil constituido, dejando cuando eso suceda su condición de ilegítimo.

“Las acciones comprendidas en las dos categorías anteriores, son restrictas, por su naturaleza, desde el punto de vista del tiempo y de las personas que pueden ejercerlas, y entrañando cuestiones de orden público que van anexas a la tranquilidad y seguridad de la familia, se diferencian, en su ejercicio y hasta en su modo probatorio, de las demás acciones legales, diferencia principal que consiste en que el principio de que toda persona que tiene un interés jurídico, puede ejercitar la acción correspondiente, tiene una marcada excepción.

“Esa es la razón por la cual el legislador colombiano, teniendo en cuenta los anteriores principios, sienta la norma del legítimo contradictor en los juicios tanto de impugnación de la legitimación, estado constituido, como en los de declaración de la calidad natural de un hijo, estado no constituido.

“Mas no paran aquí las diferencias de las acciones de estado civil a que se viene

haciendo referencia, con las demás acciones legales, sino que aquellas tienen una configuración jurídica que les es propia y exclusiva.

“En primer término, no pudiendo hacer nada de lo relacionado con el estado civil de las personas materia de transacción ni menos de cesión, los derechos emanados de ese estado no pueden cederse ni tampoco ser ejercitados por personas diferentes de quienes tienen esa calidad, lo cual no pasa con los derechos emanados de las demás acciones. El estado civil de las personas lo regula la ley, y los particulares no pueden a ese respecto sino someterse al estatuto, porque no dependen de la autonomía de la voluntad; al paso que los actos jurídicos entran dentro de la esfera de esa autonomía, y por eso los particulares pueden regularlos, no teniendo como límite sino el orden público o las buenas costumbres.

“El estado civil de las personas no se adquiere ni se pierde por prescripción, puesto que lo que existe al respecto es el plazo legal que hace imposible, ya la acción de impugnación, ya la de reconocimiento de la calidad de hijo natural —como sucede en la legislación francesa— plazo establecido por motivos de seguridad social, imposible como es mantener al respecto un estado de cosas de carácter indefinido.

“No siendo transmisibles las acciones de estado civil ni este estado mismo, los herederos de un causante no adquieren la personería de aquél para reclamar un estado civil que éste no reclamó, ni están sujetos a las controversias a que pudo estar sometido su causante en vida, por una reclamación de estado civil a favor o en contra de él.

“Esto depende del carácter estrictamente personal de las acciones derivadas del estado civil y de que éste termina con la muerte de la persona; las obligaciones transmisibles de un causante son las preconstituídas por éste, bien por su propia voluntad, ya por ministerio de la ley, pero nunca las de su estado civil.

“Por eso no vacilan los autores y la jurisprudencia en sostener que muerto el hijo que tenía acción para investigar la paternidad, sus herederos no heredan esa acción, y así lo ha sostenido esta Corte en sentencia de fecha 24 de mayo de 1939.

“Las sentencias que fallan sobre un estado civil produce efectos erga omnes, o sea, que quien adquiere ese estado resulta vinculado no solamente con su padre sino con los parientes de éste; por el contrario, quien lo pierde, cuando el fallo es sobre impugnación, esa relación de parentesco que existía antes se extingue no sólo respecto del padre sino de los parientes de éste.

“No puede por eso sostenerse que el reconocimiento de un estado civil, como el de hijo natural, no tiene sino efectos meramente patrimoniales y no constituye una vinculación de parentesco sino respecto del padre, porque el estado civil tiene una trascendencia mucho mayor que el concepto patrimonial, puesto que abarca y comprende las relaciones de familia. No se comprende en verdad cómo establecida la filiación natural de un hijo por un fallo judicial, pudiera éste contraer matrimonio con una de las hijas del padre a quien se le ha impuesto ese reconocimiento. Además, el concepto patrimonial, considerado en sí mismo, no constituye un deber del padre respecto de los hijos, porque si el padre está obligado a alimentar, corregir y educar a éstos, no está obligado a dejarles bienes que formen luego la masa herencial.

“Siendo tan grave y trascendental la impugnación de un estado civil o la constitución de otro distinto del actual que se posee, y diciendo esta constitución una relación directa entre progenitor y procreado, la intervención del primero, sea como demandante, sea como demandado, es de todo punto necesaria e indispensable. Por eso los dos factores que constituyen la relación de paternidad y filiación deben intervenir en esta clase de juicios, y sería muy grave y funesto para las relaciones de familia sostener lo con-

trario, pues se llegaría a que extraños pudieran venir a crear una relación de esa clase, que no compete sino a los ligados entre sí por una relación de parentesco”.

CAPITULO II

1. A la doctrina anterior sustentada por la Corte se han hecho las observaciones que pasan a enumerarse:

I. La sentencia que declara la filiación del hijo natural es simplemente declarativa, luego le es aplicable el principio de la relatividad de los fallos judiciales: “*res iudicata inter alios aliis neque nocere neque prodesse potest*”.

Estima la Sala que este argumento no viene al caso porque no es del principio general de la relatividad de los efectos de los fallos judiciales de donde se deduce el efecto declarativo de las sentencias: la premisa puede ser exacta; pero la conclusión no lo es. Lo que hay en el particular es que el principio general en referencia no tiene aplicación por las razones indicadas y por las que van a verse, cuando se trata de filiación.

II. En Francia nadie discute que el hijo tiene derecho a obtener la declaración de su filiación natural después de muerto el padre, y que tales fallos tienen sólo fuerza relativa de cosa juzgada.

Acepta la Corte la veracidad de la aseveración anterior y se la explica porque en Francia el artículo 1351 del Código Civil y la ley de 16 de noviembre de 1912 así lo estatuyen. Pero en Colombia resulta que nuestro Código Civil, en sus artículos 401 a 403, y la Ley 45 de 1936 en su artículo 7º disponen cosas muy distintas, como pasa a demostrarse.

En Francia el precitado artículo 1351 establece una regla general y única sobre fuerza relativa de los fallos judiciales. La ley reformadora de 1912 no contiene texto especial que le asigne un carácter ab-

soluta o *erga omnes* a las sentencias de estado civil. De tan típica reglamentación de la materia proviene que la jurisprudencia constante de los Tribunales franceses les atribuya a los fallos sobre estado civil, muy a su pesar, como así lo expresan, una fuerza apenas relativa y limitada a los litigantes, por no existir en la legislación francesa una norma especial y expresa que derogue o atempere la regla general contenida en el artículo 1351. Este precepto dice que para que haya lugar a cosa juzgada es necesario “que la demanda se entable entre las mismas partes”. Con rigurosa lógica se concluye allá que la sentencia que reconoce un estado civil a un individuo sólo tiene valor con relación a aquellos que han intervenido en el proceso. Para derogar esta regla rígida sería preciso un texto de excepción, que allá no existe.

En Colombia sí existe esa norma de excepción que atribuye a los fallos declarativos de estado civil valor absoluto o *erga omnes* y que consagra, por tanto, una excepción al artículo 17 del C. C., que sienta la regla general de derecho procesal sobre fuerza relativa de las decisiones judiciales. Tal precepto es el artículo 401 del C. C. que dice:

“El fallo judicial que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo, no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos relativamente a los efectos que dicha legitimidad acarrea”.

“La misma regla deberá aplicarse al fallo que declara ser verdadera o falsa una maternidad que se impugna”.

Lógicamente concluye la Corte que el artículo 401 consagra, no la teoría del legítimo contradictor, sino el principio de los efectos absolutos de las sentencias sobre filiación; de manera que la regla pragmática del artículo 17 del C. C. no es aplicable a los procesos sobre filiación legítima o ilegítima, porque el legislador colombiano así lo ha querido al consagrar la regla de excepción del artículo 401, que

atribuye efectos absolutos a esta clase de fallos.

Por esa circunstancia, no pueden tener aplicación en Colombia las reglas del derecho francés, ni puede adoptarse la jurisprudencia francesa sobre relatividad de estas decisiones, ni caben las observaciones de los doctrinantes franceses.

Bien se explica, por otra parte, que en Francia nadie discuta que el pretendido hijo pueda perseguir la declaratoria, muerto el supuesto padre, porque el legislador francés, al atenuar el principio de la prohibición de la investigación de la paternidad natural, fijó los breves plazos extintivos de la acción consagrados en los ordinales 11, 12 y 13 del artículo 340 del Código Francés, plazos que en ese caso sí establecen un claro derecho sustantivo de acción procesal a favor de los interesados y que no pueden ser desconocidos por el juzgador, ni menos estar sometidos a la contingencia de la muerte del supuesto padre.

III. La teoría del legítimo contradictor consagrada por los artículos 401 a 403 del C. C. nada tiene que ver con el derecho que el hijo tiene de ejercitar la acción de reconocimiento ante los herederos del padre.

No comparte la Corte tal concepto, porque nuestro legislador quiso precisamente que estas acciones sobre reconocimiento de la paternidad natural se siguieran con el supuesto padre, como legítimo contradictor en el proceso, y ante esa exigencia perentoria de nuestro sistema normativo, es claro que la tesis del legítimo contradictor sí tiene que ver con la pretendida facultad del hijo para ejercitar la acción ante los herederos del padre.

Conviene advertir, por otra parte, que las fuentes de inspiración del artículo 401, no fueron las varias teorías que en Francia surgieron alrededor del problema del alcance de los fallos sobre estado civil.

Don Andrés Bello lo advierte en la nota que puso al artículo 353 del Proyecto de 1853, que sirvió de base al Código Civil chileno, citando la Ley 20 del Título XXII de la Partida 3ª, que dice así:

“Otro sí decimos que si alguno se razona por fijo de otro, et el padre non lo quiere conocer por fijo, si juicio fuere dado contra el padre en esta razón diciendo el Judgador en su sentencia que es fijo de aquel que non lo quiere conocer, tal juicio como éste empescerá al padre et a todos sus parientes en razón de los bienes que podría heredar por el parentesco maguer no se acertasen hi quando fue dado sinon el padre tan solamente”.

Dicho artículo 353 del citado Proyecto es el 315 del Código Civil chileno, del que es copia el 401 del nuestro.

IV. Aquí, como en Francia, impera el principio de que el heredero es el continuador de la persona del causante.

Lo acepta la Corte en principio, haciendo la necesaria distinción de que el heredero representa al *de cuius* tan sólo en sus derechos y obligaciones transmisibles, vale decir, en algunos de aquellos que revisten carácter patrimonial (no en todos, porque algunos como el uso y la habitación no son transmisibles); pero tal prolongación ideal no se extiende ni puede extenderse al estado civil, que no es derecho transmisible.

El estado civil constituye un factor personalísimo, que acompaña al ser humano en su vida de convivencia social y que implica necesariamente una relación jurídica de parentesco entre varias personas unidas por el vínculo familiar. No es posible adquirirlo ya fallecido quien debía aceptarlo o rechazarlo, quien debía ser vencido en juicio por quien lo pretendiera. El estado civil, en su esencia misma, no reviste aspecto ni carácter patrimonial alguno; sólo cuando se tiene en virtud de presunción legal, o cuando se adquiere en vista de debate judicial, lle-

ga a producir posibles efectos patrimoniales en la regulación sucesoral de la persona fallecida. Pero no debe confundirse la causa, en su misma integridad orgánica, con alguno de sus hipotéticos efectos.

V. La teoría del legítimo contradictor, consagrada en los artículos del Código Civil citados en la sentencia, no tiene el alcance, trascendencia ni significación que se atribuye a ella, hasta identificarla con la viabilidad misma de la acción o con su procedencia.

A la anterior observación replica la Corte que las normas legales citadas en el fallo atrás transcrito en parte y que deben recibir estricta aplicación en los procesos sobre declaratoria de filiación natural sí deben tener el alcance y trascendencia que se les dio, sin que pueda aducirse método científico de interpretación jurisprudencial que deba limitar o reducir su alcance. Se repite que la teoría transaccional francesa sobre el legítimo contradictor no puede tener acogida ni aplicabilidad ante los textos tan claros y explícitos de nuestra legislación civil. Si nuestra ley dijera en algunas de sus normas que los fallos sobre filiación tienen efectos absolutos cuando interviene el contradictor legítimo y sólo relativos cuando se obtiene contra los herederos o causahabientes, habría razón para formular esa glosa. Pero como lejos de aceptar esa distinción, consagra en el artículo 401 que esta clase de procesos sólo pueden adelantarse contra legítimo contradictor, aparece evidente que esa conclusión o distinción es infundada, porque nuestra ley no la hace en texto alguno.

Hay algo más: el artículo 404 del C. C. consagra el único caso en que los herederos puedan representar al contradictor legítimo, explicando que sólo pueden hacerlo cuando aquél ha fallecido antes de pronunciarse la sentencia, pero después de haber asistido al juicio. Esta expresa

y manifiesta excepción que hace nuestro Código, a continuación de los preceptos que consagran los efectos absolutos de esos fallos y la exclusiva personería del contradictor, está evidenciando que sólo en ese único caso pueden los herederos o causahabientes representar al pretendido padre que ha fallecido antes de pronunciarse la sentencia.

VI. El reconocimiento del hijo natural se funda siempre en el consentimiento del padre, expresado en una de las diferentes formas autorizadas por la ley. Y entonces, se pregunta, ¿por qué no va a ser posible la declaración judicial de paternidad después de muerto el padre, si antes de morir dejó irrevocablemente expresado este consentimiento?

Considera la Corte que al sostenerse la anterior premisa se confunde el fenómeno biológico de la procreación, con el sociológico-jurídico de la filiación, sea ésta legítima o ilegítima. Es claro y evidente que biológicamente un procreado es hijo de su padre desde que lo engendra, sin que valgan distinciones jurídicas de ninguna clase. Pero tal ser no ostenta desde su nacimiento determinada calidad o estado, sino mediante la realización de determinados actos jurídicos, como serían el matrimonio, el reconocimiento expreso, etc. Nadie nace hijo natural respecto de su padre y para adquirir ese estado se requiere el cumplimiento de alguno de los dos requisitos que establece el artículo 1º de la ley 45 de 1936: reconocimiento voluntario del padre por alguno de los medios solemnes que estatuye taxativamente el artículo 2º; o declaración judicial de filiación natural, hecha conforme a lo dispuesto en la citada ley.

Por lo demás, no resulta cierta en todos los casos la aseveración de que la declaración judicial de paternidad se funde siempre en el consentimiento tácito del padre, mediante la comprobación procesal de hechos constitutivos de posesión no-

toria de dicho estado, porque en la mayoría de los casos tales hechos de notoria posesión se prestan para diversas interpretaciones, a cual más ambiguas, que no podrían aceptarse como manifestación de un consentimiento siquiera tácito del padre. Hay algunos tratadistas que no sólo repudian esta tesis, sino que aconsejan recibir con evidentes reservas aun el reconocimiento expreso del padre, manifestado en instrumento público, como escritura o testamento. Colin y Capitant se expresan así:

“En buena lógica, el reconocimiento paterno no debería probar la filiación sino con ciertas reservas, porque al confesar su paternidad, el hombre afirma, en definitiva, un hecho del cual no puede estar absolutamente seguro.... El reconocimiento, más que como una confesión, debiera admitirse como acto de voluntad generador de obligaciones y de derechos, al admitir al hijo en su familia con sus consecuencias legales...”

Y también Cambacères, uno de los redactores del Código de Napoleón, expone las mismas dudas, de esta manera:

“En el trato social es muy fácil simular, con cálculos para un futuro próximo o remoto, una presunción de paternidad que no ha existido nunca. La adhesión y la solicitud aparentemente desinteresadas hacia una persona colocada en determinadas condiciones, van creando el sentimiento de la gratitud que da nacimiento a las manifestaciones afectivas, que no pocas veces se confunden y se toman como demostraciones inequívocas de paternidad”.

— II —

No resulta valedera la afirmación de que esta doctrina acusa insensibilidad social y de que deja sin efectividad y eficacia el pensamiento de los legisladores que dictaron la Ley 45 de 1936. Carece de fundamento el primer cargo, porque la tesis propugnada en este fallo resulta más generosa, más eficaz y más protec-

tora que las adoptadas en otras legislaciones, como las de Francia, Alemania, Bélgica, Suiza, etc., dado que en nuestro país y con aplicación de esta doctrina la acción de reconocimiento puede ejercitarse durante toda la vida del pretendido padre, mientras que en aquellas legislaciones se han fijado términos cortos para su viabilidad y ejercicio. Fácil es concluir que nuestro ordenamiento es, por lo tanto, más generoso y amplio que el de los pueblos que adoptaron antes este sistema de investigación judicial de la paternidad.

En cuanto al segundo reparo, no se ajusta a la realidad del cargo de que se ha adulterado el pensamiento que tuvo el legislador al dictar esa ley, porque el legislador no tuvo la voluntad, ni menos el propósito de asignarle al nuevo estatuto la extensión y la eficacia a que se aspira en esa interpretación. Lejos de eso, el ordenamiento colombiano se separa marcadamente de su modelo francés y suprime los términos cortos extintivos de la acción, con lo cual quiso consagrar expresamente un sistema distinto. Luego adopta los preceptos del Código Civil que consagran la teoría del legítimo contradictor y que asignan excepcionalmente a estos fallos carácter absoluto o erga omnes. Y se presenta la oportunidad de recordar, que fue tan manifiesto el propósito del legislador colombiano de no expedir un estatuto tan amplio y generoso como lo anhelan algunos intérpretes, que al presentarse el proyecto su artículo 4º estaba redactado así: “La paternidad natural se presupone...” (subraya la Corte). Mas el legislador consideró, con razón, de suma gravedad la consagración de semejante presunción respecto de un hecho no tangible y con toda prudencia sujetó la adquisición de ese estado a las condiciones contenidas en el artículo 1º de la Ley 45 de 1936.

Los numerosos ejemplos que se presentan para demostrar los inconvenientes de la doctrina de la Corte bien pueden contestarse con todo éxito, con vista de los anteriores razonamientos. De resultar

comprobadas algunas de esas hipótesis tan sólo demostrarían que la Ley 45 adolece de vacíos y deficiencias que conviene remediar por medio de la acción legislativa, ya que la labor jurisprudencial no podía remediarlos sin violar esas normas. Pero ello no conduce a demostrar que la interpretación que se le ha dado por la Corte sea exegética, ni que esté reñida con el método de interpretación científica.

FALLO

Resulta de lo dicho que al haberse confirmado en la sentencia acusada la declaración de paternidad natural a favor del menor Régulo, con citación de la demandada Carmelina de Farfán, aun aceptándose que ésta fuera llamada al juicio como heredera o representante de José María Farfán, calidad que no señaló o determinó la parte actora, se violaron por infracción directa los artículos 403 y 404 del C. C. y el 7º de la Ley 45 de 1936, desde luego que en un proceso como éste sólo podía ser legítimo contradictor el presunto padre. De tal violación se desprende la ilegitimidad de la personería de la parte opositora, causal de tacha presentada en el segundo cargo que se estudia. Se impone, como consecuencia lógica, la infirmación del fallo acusado, y al entrar la Corte a proferir el que debe dictar co-

mo Tribunal de instancia, son suficientes las razones anteriores para absolver a la demandada, por carecer de capacidad jurídica para ser parte en un juicio de esta índole.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta el quince de junio de mil novecientos cuarenta; revoca la proferida por el Juez Primero en lo Civil del Circuito de San Juan del Córdoba el catorce de agosto de mil novecientos treinta y nueve, y absuelve a la demandada Carmelina de Farfán de todos los cargos formulados en este litigio.

Sin costas ni en las instancias ni en el recurso.

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

Isaías Cepeda — José Miguel Arango.
Liborio Escallón — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Eduardo Rodríguez Piñeres, Conjuez—Pedro León Rincón, Srio. en ppad.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR
HERNAN SALAMANCA

Nuevamente vencido pero no convencido, procedo a poner a salvo mi voto en la precedente sentencia de la Corte en que se reitera una jurisprudencia que no se apoya sino en la equivocada interpretación de los artículos 401, 403 y 404, del C. C., absurdamente aislados dentro de la ley, especialmente del 402 del mismo código, y desconectados de nociones fundamentales del derecho civil. Las razones en que apoyo mi divergencia de concepto, no desvirtuadas por ningún argumento nuevo de la Corte, quedaron expresadas en el salvamento de voto que hice con ocasión de la primera sentencia sobre este punto, en la honrosa compañía de los doctores Arturo Tapias Pilonieta y Juan Francisco Mújica, cuyas argumentaciones, separadamente expuestas por ellos y relativas a aspectos que yo no consideré, hago mías hoy para defender seriamente las tesis que ellos sostuvieron tan brillantemente en las deliberaciones de la Sala de Casación Civil.

Publicadas estas exposiciones doctrinarias en el tomo XLIX de la G. J. a páginas 264 a 286, no considero necesario reproducirlas textualmente en este salvamento. Me basta declarar que en ellas me apoyo, limitándome a agregar hoy algunas consideraciones destinadas a buscar la concepción científica y el verdadero alcance de la teoría del legítimo contradictor, desconocida en la sentencia, para afirmar judicialmente la paternidad natural, después de muerto el padre, contra sus herederos.

Conviene recordar en primer término, que la noción jurídica de legítimo contradictor, desde sus remotos orígenes romanos, corresponde, para los efectos de determinar el alcance de las sentencias judiciales, a "persona que tiene el prin-

cipal o más importante interés o derecho en accionar o defenderse de la acción". Este principio implica la pluralidad de interesados en el ejercicio de una acción o en defensa y una graduación descendente en el interés jurídico para accionar o defenderse que va desde las personas principalmente interesadas, que son las calificadas legalmente para la contradicción legítima, hasta las secundaria o subsidiariamente interesadas, en cuyo favor no existe la posibilidad legal de accionar sino a falta de quienes tienen el primer lugar por presumirles la ley el más importante y principal interés. De esta noción general se desprenden las siguientes consecuencias lógicas con las cuales se integra propiamente, dándole su sentido y alcance, la teoría del legítimo contradictor, que limita la obligatoriedad de los fallos judiciales: 1º La falta de legítimo contradictor no hace imposible la secuela del juicio ni esteriliza la sentencia que en él se pronuncie para las partes litigantes; 2º La ausencia del legítimo contradictor en el juicio no produce otro efecto que reducir la obligatoriedad de la sentencia a las partes que intervinieron en él, de modo que los derechos en ella declarados o sus consecuencias no pueden oponerse a las personas que no fueron oídas y vencidas en el debate judicial en que se profirió.

La noción de legítimo contradictor como sinónima de principal interesado, fue la admitida por la doctrina y los jurisprudencistas romanos bajo la definición *qui principum jus in agendo et defendendo habet*, como lo aceptan los exégetas. No se aplicó esta teoría en el derecho roma-

no a cuestiones sobre filiación natural, pero en materia de manumisión, esclavitud e ingenuidad tuvo su plena significación porque se establecía que las sentencias sobre estos particulares tenían fuerza erga omnes si se pronunciaban con ausencia de legítimo contradictor o principal interesado, y sólo contra las partes que intervenían en el litigio si éstas eran distintas del legítimo contradictor.

En el derecho español, en las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio en que se recogieron los principios esenciales del derecho romano, se encuentra consagrado el de la relatividad del efecto de las sentencias, con la excepción, entre otras, del caso en que se prefiera en juicio de filiación seguido entre padre e hijo porque entonces se generalizan los efectos del fallo, a todos los parientes en razón de los bienes que se podrían heredar por el parentesco. Así está consignada la regla contentiva de la teoría del legítimo contradictor, en la ley XX, título XXII, tercera partida, bajo el epígrafe "Cómo el juicio que es dado entre algunos no puede empecer a otro, fuera ende en cosas señaladas".

Con esta significación, según la tradición histórica del derecho, llegó la teoría del contradictor legítimo al derecho francés, donde el juríconsulto Hertrand D'argentré le dio una configuración más precisa, sobre cuestiones de estado civil, pero conservando el sentido original del derecho romano y del español, porque significó primitivo y más próximo interesado, para unos, y principal y primer interesado, para otros, como se puede ver con la lectura de los numerosos expositores sobre la materia.

La teoría del legítimo contradictor fue incorporada en la legislación civil de Chile, tomada de la doctrina que inspiró el Código de Napoleón de 1800, relativamente a materia de filiación, por don Andrés Bello. Se sostiene por algunos juristas que el redactor del código chileno tomó el principio del efecto general de los

fallos sobre filiación en juicios seguidos entre padre e hijo, del derecho español, de las Siete Partidas; pero ya se vio que en esta legislación estaba consagrado el principio de la relatividad del efecto de los fallos con la excepción de los proferidos sobre filiación contra legítimo contradictor, de tal manera que la dilucidación del origen francés o español de los textos chilenos carece completamente de importancia, porque cualquiera que haya sido en realidad, ellos consagran, por virtud de su identidad original romana, el principio esencial de la teoría del legítimo contradictor; esto es, efectos relativos para fallos proferidos en juicio en que no ha intervenido el progenitor (legítimo contradictor), y efectos absolutos o erga omnes cuando el juicio se ha surtido con él. Históricamente y en doctrina jurídica, la significación exacta de "legítimo contradictor", según se ha visto, es la misma en el derecho romano, en el español, en el francés, en el chileno y en el colombiano, que se redujo a reproducir textualmente en este punto las disposiciones del código civil de Chile.

En nuestro código está consagrada inequívocamente la teoría del legítimo contradictor, equivalente a la noción jurídica de principal interesado, en cuestiones judiciales sobre estado civil de las personas.

Para los casos y cuestiones en que la ley no establece la teoría del legítimo contradictor rige el principio general sobre el alcance de los fallos judiciales, consignado en el apotegma: "*res inter alios judicata nec nocere nec prodesse potest*", que es el consagrado, respecto de las causas, en el Código de Procedimiento Civil. Pero respecto de las sentencias que se dicten en juicios declarativos de la paternidad natural la ley colombiana establece y manda aplicar la teoría del legítimo contradictor, recogida en los artículos 401 a 404 del C. C. (artículo 7º, ley 45 de 1936); de tal manera que entonces no son aplicables las reglas de los artículos 17 ni 401 del código civil, ni la del 473 del ju-

dicial separada o exclusivamente, sino a través del artículo 402 del civil para reducir el alcance que corresponda al fallo pronunciado en juicio de tal especie, el cual tendrá efecto absoluto o erga omnes si además de haber pasado en autoridad de cosa juzgada y de haberse dictado sin colusión en el juicio no ha sido pronunciado contra legítimo contradictor. Cuando esta condición o requisito falte por haber muerto el progenitor, la sentencia no producirá consecuencias obligatorias sino para las personas que litigaron. De acuerdo con esto, dispone el artículo 475 del C. J. que "los efectos de la cosa juzgada respecto de las sentencias dictadas en juicio en que se ventilen cuestiones relativas al estado civil de las personas, se produce en los términos señalados en el Código Civil, "en lo que dispone en sus arts. 401 a 406, según lo aclaró la comisión redactora de la ley 105 de 1931.

Este grupo de preceptos legales impone un entendimiento doctrinario global en relación con las normas que estatuyen el efecto ordinario y general de las sentencias judiciales. La consideración independiente de estos artículos como si cada uno contuviera un ordenamiento que pudiera separarse de los otros, mutila y desarticula la teoría en ellos encerrada e integrada. Tal es lo que ha hecho la Corte al darles aplicación con una exégesis parcelada e inconexa para concluir que con la muerte del padre desaparece no el legítimo contradictor, como principal interesado, sino el único sujeto susceptible de iniciar o soportar una acción de esta especie, como exclusivo titular del derecho, y que al artículo 401 del C. C. no puede dársele otra interpretación distinta de la de que los fallos en esta clase de juicios deben siempre producir efectos obligatorios para toda persona.

Los preceptos de los artículos 401 y 402 son de interpretación y aplicación inseparables; en el último se hace referencia inmediata al primero para condicionarlo expresamente. "Para que los fallos de que se trata en el artículo precedente produz-

can los efectos que en él se designan, es necesario..... que se hayan pronunciado contra legítimo contradictor....." A cuáles efectos se refiere? No ha de ser a los simplemente relativos que corresponden a todos los fallos, no designados allí, sino a los absolutos, respecto de todos, que es lo excepcionalmente establecido y designado relativamente a los efectos de las sentencias allí mencionadas.

Estudiando las "condiciones especiales de la sentencia sobre el estado", dice don Jacinto Chacón, respecto de estos dos textos legales idénticos en los códigos chileno y colombiano:

"Veamos las condiciones que deben tener semejantes fallos para que produzcan tan trascendentales efectos:

Dejando a un lado la condición de haber pasado en autoridad de cosa juzgada, requisito esencial a toda sentencia, examinemos las condiciones distintivas y especiales de esos fallos.

Estas son dos: 1ª Que ellos sean pronunciados contra legítimo contradictor, y 2ª Que no haya habido colusión en el juicio.

Veamos primeramente qué se entiende por contradictor legítimo y quién lo es en cuestiones de estado.

El contradictor necesario en juicio es la persona a quien le es imputable el hecho de que se trata: en un proceso sobre homicidio, v. g., este contradictor es la persona a quien es imputable el hecho. Del mismo modo, en litis sobre el estado, el legítimo contradictor es la persona a quien es imputable el hecho que origina la acción.

Los jurisprudencias franceses no han acertado a definir el legítimo contradictor, porque no han señalado su calidad constitutiva. D'Argentré dice "que es la persona que tiene el primero y principal interés, aquélla a quien pertenece el primitivo y próximo interés en la causa". Toullier y Demolombe tachan de vaga esta definición; pero ellos, a su vez, limitándose a indicar las causas en que apa-

rece el legítimo contradictor, lo explican, pero no lo definen.

La condición esencial que constituye el legítimo contradictor, como hemos dicho, es el que pueda serle imputable el hecho que origina la acción. Así, legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad, el hijo contra la madre o la madre contra el hijo. ("Exposición razonada y estudio comparativo del Código Civil chileno". Jacinto Chacón).

La característica especial que tiene, pues, dentro de nuestro derecho civil la teoría del legítimo contradictor como regla y medida para los efectos de las sentencias judiciales sobre cuestiones de estado civil, es que la ley ha definido y señalado quién es ese contradictor legítimo con cuya audiencia pueden producirse fallos erga omnes, o respecto de todos; lo mismo que existía, según se vio, en el régimen jurídico de las Siete Partidas. La aplicación de la teoría entre nosotros no ofrece las dificultades que tuvo en el derecho francés, provenientes de la calificación y apreciación de la proximidad e importancia del interés de quien comparecía en juicio como actor o demandado; en nuestro código está terminantemente definida la cuestión en la disposición del artículo 403.

Al disponer el inciso 2º de este artículo que "siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo, deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad", no hace otra cosa en restringir para este caso el concepto de legítimo contradictor al interés de padre, esto es, en los juicios en que tal cuestión se agite y controvierta, el padre deberá estar presente ineludiblemente para que puedan producir efectos válidos los fallos; con presencia física si está vivo, con presencia jurídica si ha muerto, y entonces el fallo definitivo tendrá los efectos absolutos o relativos que corresponden a cada uno de estos casos. Lo que

quiere la ley es que no se pueda alegar cualquier interés para fundar en casos tales la contradicción legítima y obtener fallos erga omnes, sólo posibles en litis directa con el progenitor o con sus herederos en el caso del artículo 404, es decir, cuando el juicio se inició personalmente con el legítimo contradictor, que fallece antes de pronunciar sentencia.

"En realidad, a nuestro modo de ver, —dicen Champeau y Uribe, — ordinariamente cualquier interesado es legítimo contradictor. Pero, para el caso a que nos estamos refiriendo, el artículo 403 indica que debe entenderse por tal".

La circunstancia de que mientras viva el padre solamente él pueda ser legítimo contradictor, no desnaturaliza en nada la aplicación de la teoría, porque es obvio que después de su muerte, ocurrida antes de iniciar el juicio, se pueda obtener fallo sobre la cuestión de paternidad con la sola diferencia de que en este caso los efectos quedan reducidos a las personas de los herederos del padre que intervinieron en el juicio. La personería de los herederos como representantes del interés de padre se funda en principios elementales que gobiernan todo nuestro derecho hereditario y conforme a los cuales el difunto sigue viviendo jurídicamente en sus sucesores a título universal en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. La legitimidad no puede ser impugnada sino por el marido mismo, pero mientras viva, porque a su muerte pueden hacerlo sus herederos y las personas que la ley señala.

El artículo 404 también se explica fácilmente, si se considera que siendo el contradictor legítimo, según definición legal, el padre o autor del hecho que origina la acción, esta calidad natural, personalísima no es transmisible por causa de muerte, de modo que fue necesario que expresamente la ley estatuyera que "los herederos representen al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia", para autorizar sus efectos absolutos en tal ocurrencia, en consideración a la circuns-

tancia de haber estado personalmente presente el contradictor legítimo en la iniciación del juicio. Pero tal disposición no dice, y sería absurdo que lo dijera por contrario a la esencia del derecho de representación sucesoral, que los herederos no representan al padre que ha muerto antes de que se promoviera la acción de declaración de su paternidad natural. Lo que es lógico deducir entonces es que los herederos no representan al contradictor legítimo, y que por esta circunstancia no es posible obtener un fallo *erga omnes*, sino simplemente de efectos relativos de acuerdo con la regla general, porque indudablemente representan al padre a título de herederos o de interesados en menor grado que su autor pero dentro del interés de padre. Los autores chilenos Cood y Fabres sostienen este punto de vista. Otros, como Vera, defienden la tesis de que los herederos tienen siempre la calidad de legítimos contradictores, haya muerto el padre antes o durante el juicio, para deducir que a la sentencia corresponden de todas maneras efectos obligatorios contra todos. Lo que ningún autor sostiene es que la muerte del padre equivale a la nada jurídica en relación con los hijos, así los haya reconocido implícitamente por haberles dado pública y notoriamente la posesión del estado de tales, o en cualquiera otra de las formas autorizadas por la ley, que no necesitan sino su declaración por medio de sentencias.

Lo que conduce a muchos a rechazar la teoría de legítimo contradictor, conforme a la cual los fallos sobre estado civil pueden ser *erga omnes* o simplemente relativos en sus efectos, es el equivocado entendimiento en que se tiene el concepto de indivisibilidad del estado civil. No es posible, dicen, que una persona sea hija natural en relación con unos y no en relación con otros. El principio de la indivisibilidad del estado de las personas consiste en que una misma no puede tener dos estados simultáneamente y en que no es posible reclamar ciertos atributos o derechos vinculados al estado rechazando otros.

Pero la aplicación de la teoría del legítimo contradictor no se desvincula al concepto de divisibilidad del estado, sino al de oponibilidad del fallo sobre él, esto es, como lo dice Jossierand con la cita de muchos e ilustres expositores, a saber enfrente de qué personas puede prevalecer el demandante de las consecuencias que corresponden al estado que se le ha atribuido por sentencia judicial. No es, pues, que en relación con unos herederos del padre sea hijo natural y con otros no, sino que solamente tiene derecho a reclamar los efectos que dicha paternidad acarrea contra los herederos que haya vencido en juicio contradictorio. Los que no litigaron no tienen por qué mermar su derecho herencial para integrar la participación que corresponde al actor victorioso. La declaración de heredero, cuando había lugar a hacerla, se entendía hecha sin perjuicio de terceros. Es el mismo fenómeno que se opera con las sentencias condenatorias en juicios de dominio; no se puede decir en casos tales que el actor sea más o menos dueño, o dueño para unos y no para los demás, sino que el fallo que lo declara tal no tiene obligatoriedad y alcances sino en relación con el litigante vencido.

En abono de mi tesis, para no mortificar a los xenófobos de la jurisprudencia, me limito a citar dos autorizados comentaristas nacionales: Dice don Fernando Vélez en su Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, a la página 28 y siguientes del Tomo II:

47. JUICIOS SOBRE FILIACION. Examinadas las pruebas principales y supletorias del estado civil, establece el Código las condiciones que debe tener una sentencia relativa a la filiación de un individuo para que surta efectos generales.

Artículo 401. El fallo judicial que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo; no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todas, relativamente a los efectos que dicha legitimidad acarrea.

La misma regla deberá aplicarse al fa-

llo que declara ser verdadera o falsa una maternidad que se impugna.

De acuerdo con el artículo 85 del Código Judicial "la sentencia pronunciada en juicio de filiación entre padre e hijo, aprovechará o perjudicará a los parientes, aunque no hayan tomado parte en el juicio". (475 del C. J. vigente).

El artículo 863 del mismo Código establece que "todo aquel a quien pueda perjudicar o aprovechar una sentencia, aunque no sea parte en el juicio, puede intervenir en él sin necesidad de citación, coadyuvando o defendiendo la causa que le interese".

En el Tomo 1º (número 43) vimos que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino en la causa en que se pronuncian y respecto de los individuos que en ella intervienen. Si esta regla se aplicara a los fallos sobre el estado civil, resultaría la incertidumbre de éste, puesto que una sentencia en que a Pedro se le declarase hijo legítimo de Juan, en juicio seguido sólo entre los dos, no obligaría a terceros, como a los demás hijos de Juan.

Siendo la legitimidad el fundamento de las relaciones de familia, el Código siguiendo los principios de las leyes romana y española, ha hecho una excepción a la regla citada, estableciendo la validez de los fallos sobre la verdadera o falsa legitimidad, respecto de todos, para que ésta sea estable y segura, y sobre todo indivisible, si así podemos expresarnos, esto es, una para cualquiera individuo.

Puesto que el primer inciso del artículo 401 trata del fallo relativo a la legitimidad, prácticamente, el segundo sólo se refiere a la maternidad natural, desde que ésta es un hecho según el artículo 7º de la Ley 05 de 1890, y a la ilegítima, porque la aplicación de dicho primer inciso traerá como consecuencia necesaria la determinación de la paternidad y maternidad legítimas.

Es bueno observar que según el artículo 1303, el que a instancia de un acreedor hereditario o testamentario ha sido judicialmente declarado heredero, o condena-

do como tál, se entenderá serlo respecto de los demás acreedores, sin necesidad de nuevo juicio. Esto puede tenerse como ampliación del artículo 401.

El juicio debe seguirse por el procedimiento ordinario, ante el Juez del Circuito correspondiente (artículos 113. L. 147 de 1888-.

48. REQUISITOS PARA QUE EL FALLO DE FILIACION PRODUZCA SUS EFECTOS GENERALES. Para que el fallo pueda ser obligatorio para todas las personas, aun para los que no han litigado, exige la ley que se cumplan ciertas condiciones, porque de lo contrario, aquél podría ser el resultado de procedimientos indebidos que ninguna garantía ofrecieran en el particular.

Artículo 402. Para que los fallos de que se trata en el artículo precedente produzcan los efectos que en él se designan, es necesario:

1º Que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada;

2º Que se hayan pronunciado contra legítimo contradictor;

3º Que no haya habido colusión en el juicio.

Estudiaremos separadamente estos requisitos.

49. 1º QUE EL FALLO HAYA PASADO EN AUTORIDAD DE COSA JUZGADA. Este requisito no requería mención especial, desde que ninguna sentencia puede surtir sus efectos, mientras no sea firme; esto es, cuando no admita recurso legal alguno, o cuando se ha dejado transcurrir el tiempo para interponerlo, porque entonces se le declara ejecutoriada.

50. 2º QUE EL FALLO SE HAYA PRONUNCIADO CONTRA LEGITIMO CONTRADICTOR. A esto se refieren las disposiciones que siguen.

Artículo 403. Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad, el hijo contra la madre, o la madre contra el hijo.

Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo,

deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad.

Artículo 404. Los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; y el fallo pronunciado a favor o en contra de cualesquiera de ellos, aprovecha o perjudica a los coherederos que, citados, no comparecieron.

De acuerdo con el artículo 403, sólo son legítimos contradictores el padre, la madre y el hijo. Sin embargo, de esto no debe deducirse que no haya otras personas a quienes la ley permita impugnar la paternidad o la maternidad, puesto que los artículos 220, 222 y 337, conceden este derecho a terceros interesados, y a los ascendientes legítimos del marido en el caso de la paternidad. La diferencia en el asunto consiste en que cuando el juicio de filiación es entre legítimos contradictores, el fallo que se dicte es obligatorio para todos, mientras que en los demás casos el fallo sólo surte sus efectos respecto de los que litigaron. Por ejemplo, cuando terceros en juicio contra el padre o la madre o sus herederos, obtienen sentencia en que se declare la ilegitimidad de un hijo, como no fue dictada entre legítimos contradictores, el hijo o sus herederos pueden demandar para que se le declare legítimo.

Explicada esta diferencia, hablaremos separadamente de la paternidad y la maternidad.

51. PATERNIDAD. Según el artículo 216, mientras viva el marido, sólo él podrá impugnar la legitimidad de un hijo de su mujer concebido durante el matrimonio. En este caso si la impugna contra el hijo, esto es, si dirige el juicio contra éste para que se declare su ilegitimidad, el fallo que se dicte, siendo entre legítimos contradictores, surtirá los efectos del artículo 401. En el mismo caso, si el marido en juicio con tercera persona, sostiene la ilegitimidad del hijo para librarse, por ejemplo, de alguna obligación, el fallo que se dicte no producirá aquellos

efectos, porque esa tercera persona no es legítimo contradictor.

Muerto el marido, puede ocurrir que ya hubiera establecido el juicio de filiación contra el hijo. En este caso, continuado por los herederos del marido, según el artículo 404, éstos son legítimos contradictores, y el fallo queda comprendido en la regla del artículo 401. Si el marido fallece antes de entablar el juicio, no es posible, dicen los señores Cood y Fabres 1), que se siga entre legítimos contradictores, ni por consiguiente que produzca los efectos generales del art. 401. El señor Vera (2) es de concepto contrario, pues en este caso considera como legítimos contradictores a los herederos".

Refiriéndose a la segunda condición del artículo 402 añade:

"Muerto el padre, aunque haya colusión en el juicio establecido con posterioridad a su fallecimiento, no habría que alegarla, porque no pudiéndose dictar el fallo contra legítimo contradictor, no produce los efectos generales del artículo 401".

El doctor Eduardo Rodríguez Piñeres expone en su Curso Elemental de Derecho Civil Colombiano, páginas 228 y siguientes del Tomo II, tratando de la autoridad de los fallos en juicios sobre la maternidad disputada, que es uno de los casos comprendidos en el artículo 401 del C. C.

"418. EL PRINCIPIO. Por una derogación expresa de las reglas generales que rigen el punto, establece el Código que el fallo en el cual se declara verdadera o falsa una maternidad impugnada, no sólo vale respecto de las personas que intervinieron en el juicio sino respecto de todos, lo que es como decir, respecto de los terceros, a quienes, según las normas comunes, ni les aprovechan ni perjudican: res inter alios judicata aliis nec nocere nec prodesset potest.

Pero para que este efecto se produzca, es menester que se reúnan, las siguientes circunstancias:

1º Que el fallo haya pasado en autoridad de cosa juzgada.

2º Que haya sido pronunciado contra legítimos contradictores, y

3º Que no haya habido colusión en el juicio (aa. 401, s.)

419. FALLO PASADO EN AUTORIDAD DE COSA JUZGADA. La exigencia que hace el texto de que el fallo haya pasado en autoridad de cosa juzgada, tanto quiere decir como que aquél se halle ejecutoriado, conforme lo acabamos de explicar (a. 402).

420. EL LEGÍTIMO CONTRADICTOR. En el viejo derecho francés se sentó la tesis de que los fallos proferidos sobre el estado civil de las personas perjudicarían y aprovecharían a todos, siempre que hubieran sido dados con la intervención de un legítimo contradictor, entendiéndose por tál la persona que tuviera el más próximo y primitivo interés, según unos, o el primero y principal interés, según otros (1).

Esta teoría, definitivamente quebrantada por la dificultad de saber de una manera fija lo que debe entenderse por legítimo contradictor, la acepta el Código en lo que atañe a los juicios sobre legitimidad y maternidad disputada. (2).

Refiriéndose a este último punto, que es en el que estamos, dice el código que se debe tener por tál "el hijo contra la madre y la madre contra el hijo", y añade luego que los herederos representan al contradictor legítimo que ha muerto antes del fallo, y que el pronunciado a favor o en contra de cualquiera de ellos, aprovecha o perjudica a los coherederos que, citados, no comparecieron (aa. 402 a 403).

De lo que se colige que si el juicio fue seguido entre personas distintas, como entre el marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta, no hay legítimo contradictor y el fallo produce los efectos comunes en otra parte explicados. (T. I, 336, s.)

421. LA COLUSION EN EL JUICIO. Como pudiera suceder que dos personas se coludieran para hacer pronunciar una sentencia en determinado sentido, cómo si

una mujer se hiciera demandar por otra persona a intento de que se la declarase su madre, sin serlo, el Código establece que los efectos del fallo respecto de terceros no se producen, pero que la prueba de la colusión en el juicio no es admisible sino dentro de los cinco años subsiguientes a la sentencia (aa. 402, in fine—405).

422. TERCEROS A LOS CUALES NO LES PERJUDICA LA SENTENCIA. Hay personas a las cuales no puede oponerse fallo alguno, entre cualesquiera personas que se hubiese pronunciado, siquiera fuera entre legítimos contradictores: tales son el verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo de padre o madre que le desconoce (a. 406).

Sin duda que sería irregular que si un hijo tuviera su calidad de tál respecto de determinada madre, otra mujer pudiera probar en juicio que ella fuera su madre verdadera, pues en hipótesis semejante ese hijo tendría dos madres declaradas tales por sentencias ejecutoriadas, pero más irregular sería que la verdadera madre no pudiese obtener una declaración judicial en su favor, porque a ello se opusiera un fallo a que fuera extraña".

La aplicación de la teoría del legítimo contradictor en el punto cuestionado puede presentarse en los tres siguientes casos, todos provistos y reglamentados en el código:

Mientras viva el padre no hay posibilidad sino de fallo erga omnes puesto que él ineludible o forzosamente tiene que intervenir en el juicio so pena de nulidad.

Muerto el padre después de iniciado el juicio pero antes de sentenciarlo, también se producen los mismos efectos absolutos que con su intervención personal, en el juicio adelantado con citación de los herederos.

Fallecido el padre antes de iniciar la acción judicial se puede accionar contra sus herederos en virtud del principio fundamental de que el heredero es o representa la persona del causante, pero no pudiéndose obtener el fallo contra el legítimo

contradictor desaparecido, sus efectos se rigen por la regla general que determina el alcance de las sentencias judiciales, siendo solamente oponible a los herederos litigantes vencidos.

Sólo con esta interpretación se armoniza la realidad y justicia de la reforma de la ley 45 de 1936 con los principios y normas generales de nuestro derecho civil. En torno de estas cuestiones el llamado derecho autóctono por quienes con mucho énfasis abominan de la cita de autores y leyes foráneos, es apenas una vana ilusión. Nuestras normas jurídicas

sobre esta materia, como muchos productos nacionales, han sido elaboradas con materiales extranjeros. De manera que cuando de acertar se trata en punto de interpretación para fijar su exacto sentido, lo inconveniente y equivocado consiste en desechar las fuentes originales y las luces de quienes van adelante. Por lo demás, todos citan autores. Unos citan antiguos y otros citan modernos. Es, por este aspecto, cuestión de biblioteca.

Bogotá, junio 30 de 1941.

Hernán Salamanca

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

No puede computarse como circunstancia agravante el sexo femenino de la víctima (número 10 del artículo 117 del Código Penal de 1890), cuando un hombre mata por celos a su mujer, sea legítimo el matrimonio o sea una ilegal unión, porque entonces la razón de ser del delito es, precisamente, aquel sexo que hace parte de la esencia misma del hecho, pues "el homicida en todo piensa menos en aprovecharse de la debilidad de la mujer, ni en quebrantar las mayores obligaciones de respeto y benevolencia hacia ella".

En cambio, por tratarse de un delito pasional que los celos determinan, no es posible aceptar que la crueldad del homicidio deba descartarse a causa de que el estallido de la pasión borre o disminuya la aptitud reflexiva para medir el número de golpes y su intensidad. Y es en virtud de que, pasión por pasión, lo mismo obnubila y ciega el acto primo derivado del arrebato súbito de los celos, que el nacido de una explosión de ira injusta. Esas situaciones psíquicas son semejantes. Y si al que mata con crueldad por furia o ira exaltada, en un acto primo, se le agrava su suerte, igual agravación resulta para el homicida por celos.

(Magistrado ponente: Dr. Campo Elías Aguirre)

Gregorio Roperero Hueso recurrió en casación contra la sentencia en que el Tribunal Superior de Tunja confirmó, el cuatro de diciembre de mil novecientos treinta y nueve, la del Juez 3º Superior de allí, quien impuso a dicho sujeto la pena principal de diez y ocho años de presidio por la muerte que les diera a Ana Delfina Sosa y Vidal Molina, el diez y seis de diciembre de mil novecientos treinta y siete, en territorio del municipio de Chitaraque.

El Juez y el Tribunal colocaron el doble delito en la circunstancia 6ª del artículo 587 del Código Penal antiguo, y fue fijada la sanción, para cada hecho, en el grado medio del artículo 600 *ibidem*, una vez que se observó el indispensable cotejo con el Código de 1936, indudablemente más gravoso para el reo que el de 1890.

Y por qué aquellas colocación y pena? Porque el proceso daba cuenta inequívoca de dos graves homicidios voluntarios; porque el Jurado, con sus afirmaciones sobre la responsabilidad del matador, selló ese carácter de los homicidios, y porque para el Juez y el Tribunal había número plural de agravantes y atenuantes.

Anota la Sala que a la pregunta en relación con el homicidio en la persona de la mujer, el Jurado contestó: "Sí, pero movido por la pasión de los celos". Para el homicidio en la persona de Molina, un muchacho de catorce años tan sólo, la

respuesta consistió en un "Sí", sin agregación alguna.

En dos memoriales Ropero Hueso ataca la sentencia del Tribunal de manera confusa e irregular. Habla de que hubo mala interpretación de la ley penal por cuanto se le aplicó un precepto distinto del que correspondía aplicar; de que sus actos no han debido estimarse como premeditados ni con circunstancias de asesinato; de que los homicidios ocurrieron después de agresiones materiales y de ofensas de palabra de las víctimas; de que le conviene más el nuevo Código Penal, y de que el fallo está "en desacuerdo con el veredicto del Jurado, por errada interpretación de los hechos, a los que se les atribuyó un valor probatorio que no tienen".

Conceptúa el señor Procurador Delegado "que el Tribunal aplicó indebidamente la ley penal, en cuanto calificó la delincuencia en segundo grado", y pide que se sitúen los delitos en la escala inferior, infirmando la sentencia para imponer catorce años de presidio y las accesorias respectivas.

La Corte, en el estudio del negocio, procede del modo siguiente:

a) No resultaría más favorable a Ropero Hueso la represión del Código de 1936, puesto que en atención a las noticias del sumario y a los principios de los artículos 36, 37, 38 y 39 *ibidem*, habría que escoger una pena mucho mayor que el mínimo del artículo 362, añadiéndole el aumento que ordena el primer inciso del artículo 33;

b) El veredicto del Jurado dejó los homicidios en la calidad de simplemente voluntarios y graves, y el fallo del Tribu-

nal, que aceptó esa calidad, no está en contradicción con el veredicto, sino de acuerdo con él;

c) Ni el Juez ni el Tribunal, por tanto, erraron en la interpretación de la ley penal, aplicándole a Ropero Hueso algún artículo del Código diverso del que en realidad merecía el reo, ni, menos, se les atribuyó a los dos delitos la condición de premeditados con circunstancias de asesinato;

d) El reparo de que a los homicidios precedieron agresiones y ofensas de la Sosa y de Molina a Ropero Hueso, provocación no comprobada y no creída por el Jurado, es un razonamiento de instancia, extemporáneo para la casación y que no encaja en ninguna de las causales del artículo 3º, Ley 118 de 1931;

e) La indebida aplicación de la ley penal en cuanto se calificó la delincuencia de Ropero Hueso en el grado segundo, fúndala el señor Procurador así:

"En efecto: para hacer aquella calificación el fallador computó como agravantes, en relación con el homicidio cometido en la Sosa, la crueldad, el sexo femenino de la víctima y la indefensión de ésta. Tratándose, como parece, de un delito pasional, determinado por los celos, debe admitirse que el agente al dar los golpes no está en capacidad para medir el número de éstos ni su intensidad. La explosión de la pasión resta o elimina la aptitud reflexiva y el exceso en la agresión es casi siempre una consecuencia del estado psíquico del delincuente, no contabilizable de acuerdo con la anterior legislación.

"El sexo de la víctima tampoco puede computarse en el enamorado que mata a la mujer amada, porque el sujeto pasivo del delito no es propiamente una agravante de éste sino un factor constitutivo de la naturaleza misma del acto.

"En la casación interpuesta por Luis E. Baquero dijo al respecto la Procuraduría lo siguiente, que fue aceptado por la H. Corte:

'Al considerar el legislador como agra-

vante el sexo femenino de la víctima, lo hizo en atención a la debilidad de la mujer y a la mayor consideración que ésta merece por los altos y delicados fines que realiza en la sociedad. Pero cuando el delito lo determina la calidad misma del sexo femenino, cuando el hombre arma su brazo por un estado profundamente pasional, derivado de relaciones sexuales o amorosas, el caso cambia de aspecto y entonces el sexo femenino hace parte de la esencia del delito. En tales circunstancias, el homicida en todo piensa menos en aprovecharse de la debilidad de la mujer, ni en quebrantar las mayores obligaciones de respeto y benevolencia hacia ella'.

"La indefensión de la víctima sí debe reputarse como agravante, sobre todo por haberse ejecutado el homicidio de modo sorpresivo en momentos en que la Sosa estaba prácticamente imposibilitada para repeler la agresión.

"En relación con el homicidio perpetrado en la persona de Vidal Molina, el Juzgado y el Tribunal computaron dos agravantes: la crueldad y la indefensión.

"En cuanto a la crueldad puede repetirse lo que acaba de expresarse al hablar del homicidio de que fue víctima la Sosa. Queda, por tanto, únicamente la indefensión";

f) Para la Corte no hay dificultad en admitir que cuando un hombre mata por celos a la mujer querida, el sexo de ésta es, precisamente, la razón de ser del delito, y no abre campo a la agravante del número 10 en el artículo 117 del Código de 1890. Por lo demás, el delito pasional motivado por los celos o el despecho amoroso, que aquí podría considerarse como un atenuante general, no lo es de ningún modo para el homicidio cometido en el menor, si se tiene en cuenta que el Jurado no la reconoció y que ha quedado en la oscuridad el móvil que obrara en Roperero para matar al adolescente Molina;

g) Cruel fue la consumación de los homicidios, a machetazos de fiereza poco común. Molina tenía tres heridas y una

de ellas desde el frontal hasta el occipital, lado izquierdo, que partió ambos huesos, saliéndose la masa cerebral, también cortada, por la brecha. Y la Sosa presentaba cuatro, dos de las cuales se detallan en la autopsia como sigue: desde la oreja derecha hasta la vecindad de la izquierda, que seccionó la masa muscular y las vértebras de la cerviz, una, y la otra que se extendía desde la comisura labial izquierda hasta el cuello, pasando por debajo de la oreja de ese lado, que rompió las partes blandas del rostro y fracturó el maxilar inferior. Y en este punto la Sala se separa de la teoría del señor Procurador. Porque sean delitos pasionales, que los celos determinaron, debe aceptarse que el agente no está en capacidad de medir el número de los golpes ni su intensidad, pues el estallido de la pasión disminuye la aptitud reflexiva o la elimina? No. Esa crueldad de Gregorio Roperero Hueso sí es "contabilizable" como agravante (3º del artículo 117 del antiguo Código), porque, pasión por pasión, lo mismo obnubila y ciega el acto primo derivado del arrebato súbito de los celos, que el nacido de una explosión de ira injusta. Estos estados psíquicos son semejantes. Y si una persona mata por causa de un acto primo de furia o ira exaltada, y si mata con crueldad, a ese homicida podría computársele tal agravante. No se le debe descontar a Roperero Hueso; y

h) La indefensión de Ana Delina Sosa y de Vidal Molina, ante el ataque imprevisto del victimario, y la crueldad con que fueron sacrificados, son en este caso circunstancias de agravación que autorizaban al Tribunal Superior de Tunja para calificar en el grado segundo cada uno de los homicidios que ejecutó el reo (artículos 123 y 124 del C. P. de 1890). Y eso que el Tribunal no consideró la circunstancia agravante de la embriaguez voluntaria de Roperero Hueso (9º del art. 117 *ibídem*), confesada por él en la indagatoria de fs. 21 v. y 22 del primer cuaderno.

Entonces no se halla justificada la causal 1ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931, por indebida aplicación de la ley penal.

Por lo dicho, en desacuerdo con la solicitud del señor Procurador delegado, no se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Tunja que condenó a Gregorio Roperero Hueso, como responsable de doble homicidio voluntario, a la pena principal de diez y ocho años de presidio, resolu-

ción que adopta la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

Devuélvase el expediente al Tribunal a quo.

Notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Campo Elías Aguirre — Absalón Fernández de Soto—José Antonio Montalvo.
Julio E. Argüello R., Srio

INTERPRETACION DEL ARTICULO 287 DE LA LEY 57 DE 1887.—LOS EFECTOS DE LA NULIDAD BENEFICIAN A LOS REOS NO RECURRENTES.

I.—La aplicación del artículo 287 de la Ley 57 de 1887, cuando la falta de asistencia del defensor o del fiscal obedece a motivos justificados, hace nugatorias las garantías procesales establecidas en el artículo 22 de la Constitución, puesto que se juzga al acusado sin la plenitud de las formas propias del juicio.

De suerte que dicha disposición, en cuanto a la multa que autoriza imponer, ha de entenderse como una sanción aplicable a la parte que se hizo acreedora a ella por renuencia o por abandono de su deber. Mas si el hecho que da origen a la sanción no ha ocurrido y por tanto la multa no se impone, mal podría admitirse la legalidad de una audiencia celebrada en tales circunstancias, causándole perjuicio irreparable a quien careció de defensa por omisión que no podía remediar y que a la postre resultó justificada.

II.—Tratándose de sentencia condenatoria de varios reos y siendo común a todos el hecho que origina la nulidad, la reposición de lo actuado se extiende a los no recurrentes. Ningún principio de derecho procesal se opone al beneficio que éstos reciben como consecuencia de la declaración de nulidad.

No sería lógico, ni conforme con el principio de igualdad ante la ley, y por lo mismo repugnaría a un sentimiento general de justicia, que un juicio que es nulo y sin ningún valor se considere como tal para uno de los reos y permanezca válido, con todas sus consecuencias jurídicas, para el

codelincuente, tratándose del mismo delito, realizado, según los autos, en concurso recíproco y sin mediar ningún hecho o circunstancia diferencial que sustraiga a uno de los acusados de la imputación común.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, cuatro de julio de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Absalón Fernández de Soto)

El Tribunal Superior de San Gil impuso a José Agustín Barragán y a Crisanto Herrera las siguientes penas: al primero, por homicidio simplemente voluntario en la persona de Luis José Caballero, seis años de presidio, y al segundo, como responsable del mismo homicidio y de heridas causadas a Briseida Peñalosa, nueve años y quince días de igual pena.

Contra la sentencia interpuso casación el acusado Herrera, pero ni ante el Tribunal, ni después ante la Corte, alegó siquiera causal alguna.

En tales circunstancias sería el caso de declarar desierto el recurso. Mas como el Procurador, en ejercicio de la atribución conferida por el artículo 6º de la ley 118 de 1931, formula demanda contra la sentencia recurrida, por considerar que el procedimiento está viciado de nulidad sustancial, la Sala entra a resolver la cuestión planteada.

Dice así dicho funcionario:

“Segunda causal. ‘Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley’.

“El hecho constitutivo de la nulidad es el de haber celebrado la audiencia no estando presente el defensor de los dos acusados, sin que aparezca demostrado que esa ausencia obedeció a causas voluntarias e injustificadas de su parte.

“En el acta de la audiencia se lee lo siguiente:

“Concedida por primera vez la palabra al acusado José Antonio Barragán, quien en uso de ella pidió que se le aplazara el jurado, por no tener el defensor presente. Concedida por primera vez la palabra al acusado Herrera dijo que pedía lo mismo que su compañero... Se deja la constancia de que el doctor Manuel Roa Bernal—defensor de los procesados—no concurrió a la audiencia, a pesar de estar debidamente notificado”.

“La audiencia se hizo en la mañana del 13 de octubre de 1939, y ese mismo día, a las dos de la tarde, recibió el Juzgado Superior el siguiente telegrama del defensor doctor Roa Bernal:

“Causa grave estado salud esposa, impidióme trasladarme defender Herrera, Barragán. Suplícole aplazarme proceso, demostraréle hecho.—Roabernal”.

En un caso semejante dijo la Procuraduría con aceptación de la Corte:

“El hacer la audiencia sin el defensor constituye nulidad en los juicios por jurados, desde luego que queda sin efecto práctico el pensamiento del legislador de que nadie comparezca ante la justicia penal sin tener a su lado un defensor que lo asista y lo ayude. Pensamiento que encuentra su origen en la certidumbre de que siempre tiene el reo algún motivo que justifique, que atenúe, que explique en alguna forma el por qué de su proceder antisocial. Si ello no fuera así, resultaría hasta inmoral que la ley obligara a un abogado que debe presumirse siempre devoto de la justicia y de la ley, a hacer el papel de defensor de causas indefensables.

“Justamente porque los hechos humanos envuelven siempre hondos problemas de psicología, difícilmente apreciables de

modo completo por la inteligencia, la sociedad desea que quien ha perturbado el orden jurídico disponga en todo momento de una persona entendida en las disciplinas sociales y jurídicas que sea capaz de mostrar el matiz amable o al menos explicativo de la conducta del infractor penal.

“Es tal la importancia que tienen las audiencias públicas en los procesos penales, que el legislador estatuyó como nulidad el hecho de no notificar a las partes el auto en que se señala día para la celebración del juicio. Con todo, la misma ley dispuso que aquella nulidad no se declarararía, si la parte no notificada concurre a la práctica de dicha diligencia. Por consiguiente, el propósito legislativo no es otro que el de que las partes asistan a la celebración del juicio, para los fines enunciados atrás.

“Pudiera pensarse que la no concurrencia del fiscal y del defensor a las audiencias públicas, no es inconveniente que impida la celebración de ellas, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 287 de la ley 57 de 1887. Pero es obvio que esta disposición sólo puede tener cabal cumplimiento en el caso de que tanto el agente del ministerio público como el abogado del reo, se abstengan voluntariamente y sin causa justificativa de concurrir al acto. Tan cierto es esto, que la ley declara que si tales personas cometen esa omisión, sufrirán por ello una multa de diez a cincuenta pesos que les impondrá el juez de la causa, lo que quiere decir que son considerados como responsables de una grave falta”.

El señor Juez de la causa no halló aplicable al caso la anterior doctrina. Afirma en la sentencia que la ausencia del defensor fue voluntaria, “puesto que con anterioridad a la celebración del juicio no presentó excusa alguna y, por consiguiente, esta irregularidad no puede viciar de nulidad el juicio, ya que se ha procedido de acuerdo con la doctrina y la ley escrita”.

Refutándolo, el Procurador expresa lo siguiente:

“Es verdad que el señor defensor no presentó su excusa antes de celebrarse la audiencia. Pero el telegrama puesto por él desde Bucaramangá está indicando claramente que su no concurrencia al acto obedeció a grave calamidad doméstica; lo que quiere decir, aplicando la doctrina de esta Procuraduría que comenta el Juzgado, que el defensor no se abstuvo voluntariamente y sin excusa justificativa de comparecer a la audiencia, que es el verdadero sentido o alcance que debe dársele al artículo 287 de la ley 57 de 1887.

“En todo caso, aunque el Juzgado, como debió hacerlo, no procedió a comprobar legalmente el motivo alegado por el señor defensor, para justificar su ausencia en el jurado, el telegrama de él que obra en los autos hace presumir que algo grave y extraño a su voluntad le ocurrió, desde luego que pidió el aplazamiento de la audiencia, citó el motivo preciso para no concurrir a ella y ofreció dar la prueba del hecho. Y así las cosas, surge por lo menos una seria duda al respecto, que debe resolverse en favor del reo, mayormente tratándose del acto más trascendental del juicio por jurados, como es la audiencia, donde culmina el debate de las pruebas y se hace indispensable la prestación de los servicios intelectuales del defensor.

“Por otra parte, si la no presencia justificada de un jurado impide la celebración de la audiencia y exonera a ese juez de hecho de la sanción que le impone la ley en caso de renuencia, con tanto mayor razón deben producirse estos efectos cuando es una de las partes la que deja de concurrir al acto por motivos ajenos a su voluntad. El señor juez y el tribunal, implícitamente, así lo entendieron en este asunto, desde luego que no sancionaron en ninguna forma al defensor; luego reconocieron que su falta de asistencia tenía alguna justificación”.

Concluye el agente del ministerio pú-

blico pidiendo se invalide la sentencia recurrida y se declare nula la actuación.

Entre los motivos de nulidad de los procesos penales, determinados en los artículos 264 y 265 de la ley 57 de 1887, no aparece enunciado específicamente el hecho de la no concurrencia del defensor a la celebración del juicio. En cambio, están erigidos como tales ciertas irregularidades que aparentemente son de mera forma.

La Corte consideró en fallos anteriores que la no asistencia del defensor a la audiencia, en casos como el presente, equivalía en la práctica a la falta de notificación del auto que señala día para la celebración del juicio. De este modo se llegó a la conclusión de que el derecho de defensa del acusado debía ampararse dando aplicación al precepto del ordinal 5° del artículo 264 de la citada ley 57.

En un caso análogo dijo recientemente la Sala:

“La audiencia, en el procedimiento civil, puede darse por surtida, o presumirse que las partes han renunciado tácitamente a ella sin afectar, por eso, el derecho de defensa; y a veces, en asuntos penales, cuando ha de efectuarse ante juzgadores de derecho, ya en primera o ya en segunda instancia, suele ser, en la práctica, una simple diligencia, no esencial en el procedimiento y a la cual no concurren las partes quizá porque en esa clase de procesos estiman los interesados que sus razones pueden ser apreciadas mejor si las presentan por escrito y así prescinden generalmente de aquella formalidad, considerándola casi superflua, sin que sufra quebranto la defensa del reo con esa omisión, porque el juez, al fallar, está obligado a analizar detalladamente los argumentos que se le hayan propuesto en los alegatos llevados al expediente.

“Algo muy distinto ocurre en el juicio por jurados: el episodio decisivo en ese procedimiento es, cabalmente, la audiencia; se hace allí el análisis de las pruebas y de los argumentos en la forma viva de

un debate oral, ante jueces que deciden en conciencia y sin dar las razones de su veredicto.

“Dadas tales circunstancias, ni puede concebirse el juicio por jurados sin audiencia, ni puede considerarse normalmente celebrada ella cuando las partes no han podido estar presentes, ya que la decisión ha de proferirse inmediatamente después de terminado aquel acto, y puesto que los jurados suelen formar su juicio no por la simple lectura del expediente, sino, más bien, en virtud de las razones e impresiones producidas por el debate oral”.

Conviene observar además, a propósito del caso que hoy se estudia, que la disposición del artículo 287 de la citada ley 57 de 1887, aplicada cuando la falta de asistencia del defensor o del fiscal obedece a motivo justificado, hace nugatorias las garantías procesales establecidas en el artículo 22 de la Constitución, puesto que se juzga al acusado sin la plenitud de las formas propias del juicio.

De suerte que dicha disposición, en cuanto a la multa que autoriza imponer, ha de entenderse como una sanción aplicable a la parte que se hizo acreedora a ella por renuencia o por abandono de su deber. Y si el hecho que da origen a la sanción no ha ocurrido y por tanto la multa no se impuso —y este es precisamente el caso— mal podría admitirse la legalidad de una audiencia celebrada en tales circunstancias, causándole perjuicio irreparable a quien careció de defensa por omisión que no podía remediar y que a la postre resultó justificada.

La nulidad que ha de declararse surte efectos respecto de Barragán y Herrera. Como es sabido, las nulidades en el procedimiento están instituídas en beneficio de los acusados y en este caso concurren circunstancias que no permiten romper la unidad del procedimiento, a saber:

a) Haberse enjuiciado a los dos reos como responsables en concurso recíproco de un mismo delito (homicidio);

b) Haber sido uno solo el defensor de

los dos acusados (el doctor Manuel Roa Bernal);

c) Haber solicitado ambos reos que se aplazara la audiencia por motivo a que el defensor, doctor Roa Bernal, estaba ausente;

ch) Haber sido el veredicto condenatorio para ambos procesados;

d) Haberse formulado la demanda contra la sentencia, no por el reo que interpuso el recurso, sino por el Procurador, quien ejerciendo una facultad legal, asumió la defensa de las garantías procesales desconocidas en la celebración del juicio respecto de ambos acusados, y

c) Ser común a ambos procesados el hecho que origina la nulidad.

Esta última consideración, tratándose de sentencia condenatoria para ambos reos, tiene un valor incontrovertible en favor de la tesis de la nulidad extensiva a la integridad del acto acusado. Si los efectos del decreto de nulidad se limitaran a repetir la celebración del juicio para uno solo de los procesados —en este caso el recurrente Crisanto Herrera— podría ocurrir que éste, merced a la intervención eficaz de un defensor, fuera absuelto, quedando su compañero de delincuencia irremediabilmente condenado, no obstante que la situación de ambos ante el hecho imputado sea una misma como aparece del auto de enjuiciamiento, de los cuestionarios propuestos al Jurado y de las sentencias de instancia.

No se opone a ningún principio de derecho procesal el amparo que indirectamente recibe el reo no recurrente en virtud de la declaración de nulidad de que se trata. En cuanto a la jurisdicción, ella viene a ser también indivisible en casos como éste, así para la Corte como para los juzgadores de instancia.

No podría por tanto argüirse que hay carencia de jurisdicción respecto del acusado no recurrente, menos si se advierte que el recurso, aunque fue promovido por Herrera, quedó luégo abandonado por la falta de un apoderado que lo sustentara y es posible que el otro reo omitiera in-

terponerlo por la misma circunstancia de no tener quién ejerciera su defensa. Ni el breve memorial del uno crea ni la omisión del otro excluye la competencia para enmendar el error cometido. Esto emana aquí de la demanda formulada contra la sentencia por el Procurador, quien actúa en los juicios penales en interés general de la justicia y de la ley y no en representación de ninguno de los procesados.

Otra cosa sería si el fallo fuese absoluto respecto del no recurrente, pues entonces se interpondría una razón elemental de justicia, consagrada por la jurisprudencia de la Corte, como es la de que en casaciones promovidas por los reos no debe empeorarse su situación. Sobra decir que menos podría modificarse la del que fue absuelto.

El nuevo juicio en ningún caso podría perjudicar al acusado Barragán, puesto que él fue juzgado de acuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder. Los nuevos jueces de hecho a lo sumo afirmarían su responsabilidad en los términos planteados en el cuestionario ya conocido, que son los mismos del enjuiciamiento.

No sería, pues, lógico, ni conforme con el principio de igualdad ante la ley, y por lo mismo repugnaría a un sentimiento general de justicia, que un juicio que es nulo y sin ningún valor, se considere como tal para uno de los reos y permanezca válido, con todas sus consecuencias jurídicas, para el codelincuente, tratándose del mismo delito, realizado, según las razones ya dichas, en concurso recíproco y sin mediar ningún hecho o circunstancia diferencial que sustraiga a uno de los acusados de la imputación común.

Desde luego, el derecho escrito no ofrece soluciones concretas para todos los problemas que puedan presentarse en la práctica. El caso de los reos Herrera y Barragán puede ofrecer incertidumbre tanto en lo relativo a la nulidad de la audiencia irregularmente celebrada, por no estar previsto de modo expreso en la ley,

como en lo concerniente a la extensión de los efectos de la invalidación de dicho acto, cuando son varios los perjudicados y uno solo propone el remedio, cuestiones complejas que no podrían someterse a normas absolutas y que sólo pueden ser resueltas por la jurisprudencia en cada caso concreto, guiándose por las reglas de equidad y por la doctrina constitucional.

En resumen, está demostrada la causal 2ª invocada y sustentada por el Procurador y de consiguiente prospera el recurso.

No sobra hacer presente, para los efectos del debate que ha de abrirse ante un nuevo Jurado como consecuencia de la resolución que declara sin efectos la audiencia anterior, que en tal resolución no ha influido ni podía influir ninguna consideración acerca del valor de las pruebas de la responsabilidad de los procesados, ni sobre la mayor o menor gravedad del hecho imputado. Dada la índole del recurso de casación, el fallo queda concretado a la cuestión de nulidad planteada por el Procurador, sin que de la invalidación del procedimiento pueda deducirse ningún argumento en pro o en contra de la situación de los acusados ante la ley penal.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE:

1º Invalídase la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, de 13 de febrero de 1940, por la cual se impuso a José Agustín Barragán y a Crisanto Herrera las siguientes penas: al primero, por homicidio simplemente voluntario, en la persona de Luis José Caballero, seis años de presidio, y al segundo, como responsable del mismo homicidio y de heridas en Bri-

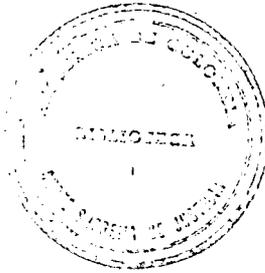
seida Peñalosa, nueve años y quince días de igual pena;

2º Declárase nulo el procedimiento en este juicio desde la audiencia ante el Jurado; y como el personal de jueces de hecho que allí actuó está impedido para intervenir de nuevo en esta misma causa (numeral 5º del artículo 243, Ley 57 de 1887), los efectos de la anulación decretada se retrotraen al sorteo general de jurados, y

3º En consecuencia, ordénase reponer la actuación a partir del auto sobre señalamiento de día y hora para el sorteo general de jurados a fin de que se haga uno nuevo.

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.



SALVAMENTO DE VOTO

Afirma la honorable mayoría de la Sala que la no concurrencia del defensor a la celebración del juicio es motivo que se sale de las nulidades que consignan los artículos 264 y 265 de la ley 57 de 1887, lo que encierra una verdad notoria, sugiriendo entonces mis ilustrados colegas que la anulación de la actual causa obedece a inobservancia de las garantías establecidas en el artículo 22 de la Constitución, por haber sido juzgado Crisanto Herrera sin la plenitud de las formas propias del proceso.

Yo acepto la doctrina de las nulidades de carácter constitucional, más trascendentales que las simplemente formalistas o adjetivas, condición ésta que tienen, a excepción de dos, todas las enumeradas en aquellos artículos.

Y a la vez me parece sin réplica el modo de interpretar el primer inciso del art. 287 de la referida ley, es decir, que debe no practicarse la celebración del juicio cuando la falta de asistencia del defensor proviene de una excusa que justifique esa falta; que si la excusa no existe o no se presenta, siempre se llevará a cabo el acto, sin perjuicio de imponer una multa, y que celebrándose el juicio en el caso primero se produce la nulidad que la mayoría de la Sala declaró.

Pero, lógicamente, es preciso que la justificación de que se trata preceda al acto de la audiencia. Siendo posterior (y posterior a la audiencia de Herrera y Barragán fue la excusa del defensor), por qué se va a invalidar lo hecho un día en que el Juez, ignorando el motivo de la falta, tenía el deber de celebrar el juicio? Si tuvo tal obligación, que obligación era ante el mandato legal imperativo, cómo se anula lo actuado y se le opone a un claro deber otro pseudodeber contrario?

No lo entiendo.

La teoría que con respeto no comparo se presta a grandes peligros: que se abuse de la justificación posterior por mentira o falsedad de la excusa o por el tiempo de alegarla. Fácil es que la defensa, cuando no concurre a la celebración del juicio, con ánimo preconcebido o sin él se valga del extremo recurso de fingir el motivo justificado, por librarse de la multa o para cualquier otro propósito que le convenga a su cliente, o presente la excusa ya en la segunda instancia y pida la nulidad. Cierta o no la justificación deberá el Tribunal anular el proceso? Y si el Tribunal no lo anula, prosperará en la Corte la casación por la causal 2ª del artículo 3º, ley 118 de 1931, o por la 4ª del artículo 567, ley 94 de 1938?

Menos puedo admitir que la nulidad declarada por la honorable mayoría se extienda a José Agustín Barragán.

El recurrente en casación no fue sino Crisanto Herrera, y la Corte carecía y carece de jurisdicción por lo que hace al otro reo.

Para mí ofrece tanta evidencia el asunto, que me costará mucho trabajo demostrarlo. Intentaré esa prueba aun a riesgo de que se me tache de exegético. La exégesis es necesaria en ocasiones, mientras las leyes subsisten y llegue el mundo civilizado a la perfección que requiere el desiderátum del pleno arbitrio judicial.

Expresan mis colegas su temor de que si el decreto de nulidad se limitara a Crisanto Herrera, podría suceder que fuese absuelto, en tanto que quedaría condenado José Agustín Barragán, "no obstante

que la situación jurídica de ambos ante el hecho imputado sea una misma, como aparece del auto de enjuiciamiento, de los cuestionarios propuestos al Jurado y de las sentencias de instancia", pues "repugnaría a un sentimiento general de justicia, que un juicio que es nulo y sin ningún valor, se considere como tal para uno de los reos y permanezca válido, con todas sus consecuencias jurídicas, para el codelincuente, tratándose del mismo delito, realizado, según las razones ya dichas, en concurso recíproco y sin mediar ningún hecho o circunstancia diferencial que sustraiga a uno de los acusados de la imputación común".

Contesto que la contingencia de la absolución de Herrera, quedándose condenado Barragán, no es razón que sirva para que la nulidad abarque al último. Esa contingencia ocurre en multitud de casos por accidentes diversos, y no repugnaría que se librara de pena aquel recurrente. Lo que sí interesa a la defensa social es eludir el riesgo de que, por amparar al no recurrente con la nulidad, de un segundo Jurado salga también Barragán absuelto.

Se rompe la estructura del derecho procesal penal colombiano favoreciendo en un recurso ordinario o extraordinario a quien no es parte. El principio no se halla escrito en las leyes del país, pero es innegable que domina subentendido en el espíritu del sistema procedimental.

De seguro que la honorable mayoría ha pensado en que su tesis es de tanta elasticidad, que conduce por un camino directo, sin obstáculos, a todos los resultados del aforismo de que donde hay la mis-

ma razón debe haber la misma disposición de derecho e igual resolución.

Y así acontecerán los siguientes absurdos, por ejemplo:

1º Dos reos de un solo delito, en igualdad de circunstancias y prueba. Al conocer del enjuiciamiento por apelación de uno no más y al tener que revocar el auto para sobreseer en favor del apelante, Jueces y Tribunales y Corte Suprema pueden y deben también amparar con el sobreseimiento al otro reo que no apeló;

2º Idéntico caso en sentencia condenatoria, no consultable. Jueces y Tribunales y Corte Suprema, cuando revisen el fallo por apelación de uno de los reos y cuando tengan que revocarlo para absolver al apelante, pueden y deben pronunciar también la absolución del otro condenado no recurrente, y

3º La misma hipótesis en casación por la causal 1ª de los artículos 3º de la Ley 118 de 1931, y 567 de la Ley 94 de 1938. Pues la Corte Suprema, si se justifica la interpretación errada de la ley penal o su indebida aplicación, aun cuando el recurrente sea un solo procesado puede y debe también comprender en la invalidación al no recurrente cuya situación jurídica es igual a la del que recurrió, dictando para ambos la sentencia substitutiva de la del Tribunal.

Digno de encomio es el ánimo que mueve a la mayoría. Pero esos ideales de justicia son, en mi sentir comedido, la revolución contra la ley.

Bogotá, 7 de julio de 1941.

(Fdo.) Campo Elías Aguirre

NULIDAD POR IMPEDIMENTO INALLANABLE NO DECLARADO. — EXTENSION DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA DE CASACIÓN AL REO NO RECURRENTE.

I.—El motivo de impedimento previsto en el numeral 3º del artículo 435 de la ley 105 de 1931 (Código Judicial), no podría interpretarse en sentido restringido, pretendiendo que allí sólo se contempla el interés económico o patrimonial, pues los intereses de orden moral o afectivo suelen perturbar con tanta o mayor eficacia que aquél los dictados de la razón y por eso puede decirse que unos y otros constituyen la raíz del sistema legal de impedimentos y recusaciones.

En este caso, la omisión del deber de declararse impedido, separándose por el mismo hecho del conocimiento del asunto, no puede tener el efecto de sanear el impedimento y de legitimar la actuación.

En la valoración de las formas procesales debe prevalecer el contenido, la substancia de ellas, o sea la razón de ser de su establecimiento. Tratándose de impedimento inallanable, la parte a quien interesa la separación del Juez no puede prorrogarle jurisdicción, sencillamente porque aquél, por su propia virtud, inhibe al Juez para actuar. La manifestación espontánea del Juez de que existe el impedimento o la recusación oportuna no son otra cosa que medios instituidos por la ley para separarlo normalmente del conocimiento y evitar así posibles perjuicios a la justicia. Si es de claridad meridiana que la actuación sería nula en la hipótesis de que el Juez siguiera conociendo después de haber manifestado el impedimento inallanable o de haber sido recusado, es lógico reconocer que el mismo efecto se produce cuando, mediando impedimento de tal clase, el Juez se abstiene de manifestarlo o no es recusado, pues la causa que lo inhibe para conocer del asunto no es ni la recusación ni la manifestación que

él haga del motivo de impedimento.

Así, por ejemplo, la ley no permite al padre ser el juzgador de su hijo. Si el Juez, en este caso, calla el vínculo de consanguinidad y las partes, por ignorarlo, no lo recusan, sería antijurídico sostener que ese juicio es legítimo y que la Corte no puede anularlo en casación porque el parentesco se descubrió con posterioridad a la sentencia acusada y no dentro de los términos de la recusación. La responsabilidad penal que pudiera deducirse al funcionario impedido no vendría a solucionar el problema creado por haber sido juzgado el reo por quien no podía ser su Juez.

II.—Tratándose de sentencia condenatoria de varios reos y siendo común a todos el hecho que origina la nulidad, la reposición de lo actuado se extiende a los no recurrentes. Ningún principio de derecho procesal se opone al beneficio que éstos reciben como consecuencia de la declaración de nulidad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, nueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Absalón
Fernández de Soto)

Ildefonso Rodríguez y Severo Villamizar fueron condenados por el Tribunal Superior de Pamplona a diez y siete años de presidio como coautores del delito de asesinato en la persona de Amadeo Bautista, dando aplicación al nuevo código penal (ley 95 de 1936).

Rodríguez recurrió en casación y en memorial dirigido a la Corte sugiere la existencia de un motivo de nulidad, pero ni lo concreta técnicamente, ni lo funda.

Se limita a copiar algunos apartes de fallos anteriores de esta corporación. Por esta parte el recurso estaría prácticamente desierto, si el Procurador no hubiera ampliado la demanda en los términos siguientes:

“La Procuraduría, en ejercicio de la atribución conferida por el artículo 6º de la ley 118 de 1931, invoca la causal segunda de casación contemplada en el art. 3º de la misma ley.

“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’.

“El 3 de junio de 1936 el Juzgado Superior de Pamplona dictó auto de proceder contra Ildefonso Rodríguez y contra Severo Villamizar por el delito de homicidio cometido en la persona de Amadeo Bautista; y sobreseyó definitivamente en favor de Fermín Rodríguez, Policarpo Villamizar y Alfredo Villamizar.

“Ildefonso y Severo apelaron de esta providencia, que lleva la firma del Juez doctor Luis F. Urbina. El auto en que se concedió la apelación es del tenor siguiente: ‘Juzgado Superior.—Pamplona, junio quince de mil novecientos treinta y seis. Para ante el H. Tribunal Superior y en el efecto suspensivo, se concede la apelación interpuesta por los procesados contra el auto de proceder de fecha 3 de los corrientes. Aprovéchese y consúltese con el H. Tribunal los sobreseimientos contenidos en el referido auto de proceder. Remítase en consecuencia original el expediente. —Notifíquese’. Firma como Juez el doctor Luis F. Urbina.

“En virtud de un memorial de desistimiento de la apelación, memorial que no fue presentado personalmente, el expediente no subió al Tribunal, quedando así sin resolver lo relativo a los sobreseimientos.

“Adelantada la causa, se realizaron las audiencias públicas y al Jurado le fueron propuestos cuatro cuestionarios, dos relativos a la responsabilidad de Ildefonso Rodríguez, y dos referentes a la de Seve-

ro Villamizar.

“Los cuestionarios relativos a Rodríguez, idénticos a los propuestos con relación a Villamizar, dicen así:

“1º El acusado Ildefonso Rodríguez es responsable de haber dado muerte voluntariamente a Amadeo Bautista, a consecuencia de haberle inferido unas heridas contusas, hecho ocurrido en las horas de la tarde del día veintisiete de diciembre de 1934 en el punto de ‘Mogotaque’, de la jurisdicción de Chitagá, y en la ejecución de este hecho procedió premeditadamente?”.

“2º El mismo acusado Ildefonso Rodríguez es responsable de haber cometido el hecho a que se refiere la pregunta anterior con alguna o algunas de estas circunstancias: con alevosía o a traición, sorprendiendo descuidada e indefensa a la víctima?”.

“Las respuestas fueron las siguientes: a la primera cuestión: ‘Sí es responsable, en uso de legítima defensa’, y a la segunda: ‘No’.

“A solicitud del Juzgado, los Jueces de hecho aclararon los veredictos así: ‘Al decir que los procesados Ildefonso Rodríguez y Severo Villamizar son responsables de la muerte de Amadeo Bautista, en uso de legítima defensa, quisimos decir, y es ese nuestro concepto, que dichos enjuiciados sí mataron a Amadeo Bautista, pero en ejercicio del derecho de legítima defensa, es decir, que no son responsables, dejando en estos términos aclarado el veredicto’.

“El Juzgado, en sentencia de 7 de noviembre de 1936, declaró terminado el procedimiento contra Rodríguez y Villamizar.

“El Tribunal al revisar por consulta aquella sentencia, la revocó por considerar el veredicto notoriamente injusto.

“Este fallo del Tribunal está fechado el 17 de junio de 1937 y fue Magistrado ponente el doctor Luis F. Urbina.

“Estima la Procuraduría que el doctor Luis F. Urbina estaba impedido para conocer, en su carácter de Magistrado del

Tribunal, de la sentencia proferida por el Juzgado, por existir en él la causal 3ª del artículo 435 del código judicial.

“En efecto: cuando aquel precepto habla de interés en el pleito, sin duda se refiere no solamente a un interés pecuniario o patrimonial, sino a cualquiera otra clase de intereses como, por ejemplo, a un interés jurídico. Y puesto que el doctor Urbina fue el autor del auto de proceder, providencia que sirvió de base para la sentencia, es lógico y humano pensar que en él se había creado un interés muy noble, de índole científica, sobre la necesidad de mantener en pie sus puntos de vista acerca de la responsabilidad de los acusados.

“Aún más: quizá se pueda sostener, sin forzar en nada la interpretación del pensamiento legislativo, que el doctor Urbina estaba también cobijado por la causal 6ª del artículo 435 que ya se citó, porque en el fondo al estudiar como Magistrado ponente la sentencia del Juzgado, estaba analizando y revisando el basamento y la esencia de una providencia originada, como primera fuente, en el auto de proceder dictado por el mismo doctor Urbina.

“Esta causal de impedimento se apoya justamente en el principio legislativo de la institución de las dos instancias que tiende a obtener la presencia y actuación de dos inteligencias y de dos criterios diferentes para apreciar los casos que se presentan ante la justicia ordinaria.

“La sentencia del Tribunal, de que fue ponente el doctor Urbina, al declarar injusto el primer veredicto, no es otra cosa que una reproducción del auto de proceder, como puede comprobarse confrontando esos dos escritos.

“Tan palmario es el impedimento de conocer de un proceso, sobre el cual ya el Juez o Magistrado ha emitido su opinión sobre el fondo mismo de la cuestión, que el Código de Procedimiento Penal estableció como causal 4ª de recusación la siguiente: ‘Haber sido el Juez o Magistrado apoderado o defensor de alguna de las

partes, o contra-parte de cualquiera de ellas, o haber dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso”.

Como se vio anteriormente, los sobreseimientos proferidos por el Juez doctor Urbina no fueron revisados oportunamente por el Tribunal, pero esa corporación en la sentencia recurrida en casación, de que es ponente el doctor Urbina, decidió sobre ese tema impartiendo su aprobación al auto del Juzgado.

“Los reparos hechos a la sentencia definitiva del Tribunal implican incompetencia del fallador de segundo grado y constituyen la nulidad prevista en el ordinal 1º del artículo 264 de la ley 57 de 1887.

“La solución propuesta por la Procuraduría tiene la ventaja de procurar un nuevo estudio sobre las modalidades del hecho delictuoso y sobre las circunstancias que lo rodearon, para determinar con mayor seguridad la existencia del elemento de la premeditación, sobre el cual hace algunas observaciones el Juzgado al dictar la sentencia basada en el segundo veredicto”.

La exposición del señor Procurador pone de manifiesto que en este proceso mediaba un obstáculo que, según el contenido jurídico de las reglas relativas a los impedimentos legales, inhibía al Magistrado doctor Urbina para participar en la revisión de la sentencia consultada. Esta sentencia implica discrepancia con las conclusiones a que llegó el doctor Urbina al dictar, como Juez de primera instancia, el auto de enjuiciamiento, providencia que situó a los reos en el caso de homicidio premeditado con circunstancias de asesinato y que el Tribunal no tuvo oportunidad de confirmar, revocar o reformar por la circunstancia que anota el Procurador, quien de paso agrega:

“La solución (nulidad) propuesta por la Procuraduría tiene la ventaja de pro-

curar un nuevo estudio sobre las modalidades del hecho delictuoso y sobre las circunstancias que lo rodearon, para determinar con mayor seguridad la existencia del elemento de la premeditación..."

El Magistrado doctor Urbina revisó, pues, una actuación a la cual estaba íntimamente ligado su criterio de juzgador. El Jurado resolvió las cuestiones afirmando que los reos habían obrado en "legítima defensa", y el Juez que reemplazó al doctor Urbina admitió esa decisión, que representaba el extremo opuesto a la calificación que el propio doctor Urbina había hecho, en el auto de proceder, de las pruebas y modalidades del delito. Y aquí radica precisamente la razón del impedimento denunciado. Es de presumirse que el doctor Urbina tuviere interés en la controversia planteada en torno de tesis tan radicalmente encontradas, interés intelectual, lícito y respetable desde luego, pero que limitaba su entendimiento y su voluntad para modificar el juicio que ya había emitido acerca de la situación de los reos ante la ley penal.

El motivo de impedimento previsto en el numeral 3º del artículo 435 de la ley 105 de 1931 (código judicial), aplicable al caso, no podría interpretarse en sentido restringido, pretendiendo que allí sólo se contempla el interés económico o patrimonial, pues los intereses de orden moral o afectivo suelen perturbar con tanta o mayor eficacia que aquél los dictados de la razón y por eso puede decirse que unos y otros constituyen la raíz del sistema legal de impedimentos y recusaciones.

Como las reglas de cuya aplicación se trata eran comunes al procedimiento civil y al penal, no estará demás insertar aquí lo que en casos análogos han dicho tanto la Sala de Casación Civil como la de Negocios Generales de la Corte a propósito del vocablo "interés" empleado en la ley al reglamentar las causales de impedimento de los funcionarios que intervienen en los juicios.

En sentencia de 12 de noviembre de

1935, refiriéndose a las diferentes causales de impedimento invocadas por el recurrente, entre las cuales figura la prevista en el numeral 3º del artículo 435 de la Ley 105 de 1931, la Sala de Casación Civil dice así:

"Por su calidad de antiguo apoderado, concurrían en el doctor Córdoba M. varias de las causas legítimas consagradas por el artículo 435 del código judicial: tenía interés en el pleito, si no económico por lo menos intelectual o profesional; había sido apoderado de una de las partes; había favorecido al demandante en el negocio que es materia del pleito. De estos tres impedimentos, el primero y el último son inallanables".

Interpretando concretamente el citado numeral 3º, la Sala de Negocios Generales, en auto de 6 de junio de 1935, dijo:

"Y basta que el pariente del Juez tenga interés en el pleito, para que éste no pueda seguir conociendo del negocio. La ley no distingue la clase de interés que ha de tenerse en cuenta en este caso, y no haciéndose tal distinción, el interés moral queda comprendido en la causal de impedimento.

"La razón de ser de los impedimentos que establece la ley, está precisamente en asegurar la independencia del Juez, desde un punto de vista moral, en relación con el negocio de que va a conocer, y a él, en definitiva, convergen todos los impedimentos detallados en el código".

Demostrado que el vocablo "interés" tiene en las normas que regulan los impedimentos un sentido lato, es de rigor admitir que existía en el Magistrado Urbina, respecto de este proceso, una causal de impedimento inallanable, que lo privaba de ejercer en él la función jurisdiccional. La omisión, en este caso, del deber de declararse impedido, separándose por el mismo hecho del conocimiento del asunto, no puede tener el efecto de sanear el impedimento y de legitimar la actuación.

En la valoración de las formas procesales debe prevalecer el contenido, la subs-

tancia de ellas, o sea la razón de ser de su establecimiento. Tratándose de impedimento inallanable, la parte a quien interesa la separación del Juez no puede prorrogarle jurisdicción, sencillamente porque aquél, por su propia virtud, inhibe al Juez para actuar. La manifestación espontánea del Juez de que existe el impedimento o la recusación oportuna no son otra cosa que medios instituídos por la ley para separarlo normalmente del conocimiento y evitar así posibles perjuicios a la justicia. Si es de claridad meridiana que la actuación sería nula en la hipótesis de que el Juez siguiera conociendo después de haber manifestado el impedimento inallanable o de haber sido recusado, es lógico reconocer que el mismo efecto se produce cuando, mediando impedimento de tal clase, el Juez se abstiene de manifestarlo o no es recusado, pues la causa que lo inhibe para conocer del asunto no es ni la recusación ni la manifestación que él haga del motivo de impedimento.

Que la ley prohíbe expresamente al Juez actuar cuando media un motivo de impedimento lo dice la siguiente disposición:

“Ningún Juez puede conocer de un negocio para el cual esté impedido por causa legítima, sin que se le haya prorrogado la jurisdicción, conforme a la ley” (artículo 434, ley 105 de 1931).

La incompetencia viene a ser absoluta si el motivo de impedimento es inallanable, puesto que las partes no pueden, aun queriéndolo, prorrogar la jurisdicción.

Y que la incompetencia de jurisdicción, si es improrrogable, está sancionada con nulidad, lo prescribe expresamente la ley 57 de 1887, en su artículo 264, que empieza así:

“Produce nulidad en los juicios criminales:

“1º La incompetencia del Juez, si la jurisdicción fuere improrrogable”.

Muchos casos de gravedad manifiesta podrían servir para ilustrar el punto debatido. Así, por ejemplo, la ley no per-

mite al padre ser el juzgador de su hijo. Si el Juez, en este caso, calla el vínculo de consanguinidad y las partes, por ignorarlo, no lo recusan, sería antijurídico sostener que ese juicio es legítimo y que la Corte no puede anularlo en casación porque el parentesco se descubrió con posterioridad a la sentencia acusada y no dentro de los términos de la recusación. La responsabilidad penal que pudiera deducirse al funcionario impedido no vendría a solucionar el problema creado por haber sido juzgado el reo por quien no podía ser su Juez.

Prospera, pues, la casación por la causal 2ª propuesta por el señor Procurador Delegado en lo Penal.

Es entendido que la reposición que va a ordenarse surte sus efectos respecto de los dos acusados, por la circunstancia de ser común a ambos el hecho que origina la nulidad. Al respecto dijo esta Sala en sentencia de 4 de julio último:

Tal circunstancia, “tratándose de sentencia condenatoria para ambos reos, tiene un valor incontrovertible en favor de la tesis de la nulidad extensiva a la integridad del acto acusado. Si los efectos del decreto de nulidad se limitaran a repetir la celebración del juicio para uno solo de los procesados —en este caso el recurrente Crisanto Herrera— podría ocurrir que éste, merced a la intervención eficaz de un defensor, fuera absuelto, quedando su compañero de delincuencia irremediabilmente condenado, no obstante que la situación de ambos ante el hecho imputado sea una misma como aparece del auto de enjuiciamiento, de los cuestionarios propuestos al Jurado y de las sentencias de instancia.

“No se opone a ningún principio de derecho procesal el amparo que indirectamente recibe el reo no recurrente en virtud de la declaración de nulidad de que se trata. En cuanto a la jurisdicción, ella viene a ser también indivisible en casos

como éste, así para la Corte como para los juzgadores de instancia.

“No podría por tanto argüirse que hay carencia de jurisdicción respecto del acusado no recurrente, menos si se advierte que el recurso, aunque fue promovido por Herrera, quedó luego abandonado por la falta de un apoderado que lo sustentara y es posible que el otro reo omitiera interponerlo por la misma circunstancia de no tener quién ejerciera su defensa. Ni el breve memorial del uno crea ni la omisión del otro excluye la competencia para enmendar el error cometido. Esta emana aquí de la demanda formulada contra la sentencia por el Procurador, quien actúa en los juicios penales en interés general de la justicia y de la ley y no en representación de ninguno de los procesados.

“Otra cosa sería si el fallo fuese absolutorio respecto del no recurrente, pues entonces se interpondría una razón elemental de justicia, consagrada por la jurisprudencia de la Corte, como es la de que en casaciones promovidas por los reos no debe empeorarse su situación. Sobre decir que menos podría modificarse la del que fue absuelto.

“No sería, pues, lógico, ni conforme con el principio de igualdad ante la ley, y por lo mismo repugnaría a un sentimiento general de justicia, que un juicio que es nulo y sin ningún valor, se considere como tal para uno de los reos y permanezca válido, con todas sus consecuencias jurídicas, para el codelincuente, tratándose del mismo delito, realizado, según las razones ya dichas, en concurso recíproco y sin mediar ningún hecho o circunstancia diferencial que sustraiga a

uno de los acusados de la imputación común”.

Corroboramos ampliamente el contenido de la doctrina transcrita el siguiente comentario de uno de los más notables expositores de derecho procesal penal:

“El efecto propio de las sentencias casatorias es el extensivo, en el sentido de que la casación pronunciada respecto al recurrente se extiende de derecho a los demás condenados por la misma sentencia anulada, a no ser que el motivo sea exclusivamente personal del primero”. (Eugenio Florián, Elementos de Derecho Procesal Penal”, página 457).

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del Procurador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, infirma la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, fechada el 5 de julio de 1940, por la cual se condenó a Ildefonso Rodríguez y Severo Villamizar, a la pena principal, para cada uno, de 17 años de presidio, como coautores de asesinato en la persona de Amadeo Bautista, y en su lugar ordena reponer el procedimiento a partir de la providencia dictada por dicho Tribunal el 17 de junio de 1937, inclusive (fs. 152 a 164 del cuaderno 1º).

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 AUSENCIA DEL DEFENSOR, SIN CAUSA JUSTIFICADA, NO VICIA DE NULIDAD
LA CELEBRACION DEL JUICIO

En los juicios ante el Jurado, cuando la falta de asistencia del defensor a la audiencia obedece, no a motivo justificado, como enfermedad o calamidad doméstica grave, sino a renuencia o abandono de su deber, se carece de fundamento para decretar la nulidad de lo actuado. La celebración del juicio no podría quedar a voluntad de los defensores, permitiéndoles aplazar indefinidamente la terminación de los procesos, sin otra sanción que el pago de la multa ordenada por el artículo 287 de la Ley 57 de 1887.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, nueve de julio de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Absalón
Fernández de Soto)

El Tribunal Superior de Pamplona condenó a Pedro Lizcano a veinte años de presidio como responsable de parricidio en la persona de su padre Vicente Lizcano, con aplicación del código penal de 1890, por considerarlo más favorable al reo que el de 1936.

Interpuso casación el acusado, citando varias causales, que no fundó.

En su memorial, que es un alegato de instancia, "se limita — como lo dice el Procurador — a objetar el elemento premeditación que, en su sentir, no se halla demostrado".

Se contesta: al reo no se le condenó por parricidio premeditado, sino por parricidio simplemente voluntario. Y como el expresado estatuto de 1890 trae para

esta última figura delictuosa una penalidad igual a la correspondiente al parricidio premeditado y al asesinato, es claro que la alegación del recurrente carece de fundamento.

El apoderado del procesado ante la Corte, en un reducido escrito, alega la causal 2ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931: "Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley".

Hace consistir la nulidad en el hecho de haberse verificado la audiencia sin la presencia del defensor, por lo cual considera que se condenó a su poderdante sin oírlo ni vencerlo en juicio, violándose así el principio constitucional.

Sobre el particular dice lo siguiente el Procurador:

"Es verdad que la audiencia se hizo sin estar presente el señor defensor de Lizcano, y como esa falta de asistencia no la justificó, el Juez le impuso una multa de veinte pesos, multa que no ha sido objetada en ninguna forma.

"La H. Corte ha optado por la nulidad del juicio cuando la audiencia se hace sin la intervención del defensor, pero mediando motivos justificados de su parte para no concurrir a ese acto trascendental. Mas cuando el defensor, por negligencia suya o espontáneamente deja de cumplir con su deber, esto es, no estorbándose un hecho apremiante que lo prive de llevar la palabra en la audiencia, entonces el caso cambia sustancialmente y se hace de imperiosa aplicación el artículo 287 de la ley 57 de 1887, que dice:

"Si el fiscal y el defensor no concurren al acto de la celebración del juicio, incurrirán en una multa de diez a cincuenta

pesos, que les impondrá el Juez de la causa; pero no por eso dejará de practicarse aquella”.

“Pudiera pensarse que al hacer la audiencia sin el defensor en casos de renuencia voluntaria de éste, se vulneran los derechos del acusado, y se le vence sin oírlo ante los jueces de conciencia. Pero a esto se responde que al acusado le queda el camino de pedir el aplazamiento de la audiencia mientras él nombra otro defensor, o el juzgado le designa uno de oficio”.

Lo dicho por el agente del ministerio público constituye doctrina reiterada de la Sala. Cuando la falta de asistencia del defensor a la audiencia obedece, no a un motivo justificativo, como enfermedad o calamidad doméstica grave, sino a renuencia o abandono de su deber, no hay lugar a decretar la nulidad de lo actuado.

Si así no fuera, la celebración del juicio quedaría a voluntad de los defensores, y no sería difícil a éstos aplazar indefinidamente la terminación de los procesos, con miras a la prescripción de la acción penal, toda vez que resulta bastante módica, en ciertos casos, la multa con que sanciona el artículo 287 de la ley

57 de 1887 la falta de asistencia del defensor a dicho acto.

Lo expuesto es suficiente para concluir que carece de apoyo la segunda causal de casación invocada por el apoderado del recurrente.

A mérito de las anteriores consideraciones, 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 de 17 de julio del año próximo pasado, por la cual el Tribunal Superior de Pamplona condenó a Pedro Lizcano a veinte años de presidio, por el delito de parricidio cometido en la persona de su padre Vicente Lizcano.

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.

CUANDO PUEDE CONSIDERARSE UN HOMICIDIO COMO "DE LOS MENOS GRAVES" ANTE EL CODIGO PENAL DE 1890—EN PROCESO INICIADO DURANTE LA VIGENCIA DE ESTE, AUN CUANDO EL REO INTENTE LA CASACION INVOCANDO LOS NUEVOS CODIGOS, EL RECURSO DEBE CONTEMPLARSE A LA FAZ DE LA LEGISLACION ANTERIOR SI ELLO RESULTARE MAS FAVORABLE AL PROCESADO.

1.—En repetidas ocasiones ha dicho la Corte que cuando el veredicto coloca un homicidio en alguno de los casos a que se refiere el artículo 602 del Código Penal de 1890, puede aplicarse la pena aminorada que él indica, de acuerdo con el inciso 2º de ese artículo. También ha explicado la Corte que el hecho de que un homicidio voluntario aparezca revestido de las modalidades que señala alguno de los numerales del artículo 587 de ese Código, no quiere decir que necesariamente deba considerarse como "de los menos graves"; y que si esta calificación la deja la ley "a juicio del juez", como dice el artículo 602, es facultativo para el juzgador de instancia aplicar o no el artículo 602 en vez del 600, sin que la sentencia pueda considerarse violatoria de la ley penal por la sola consideración de que el Tribunal haya estimado que no debe ejercitar esa facultad. — 2.—En el caso de autos, es dable estudiar el presente recurso a la luz de la ley que resulte más favorable al acusado, o sea la antigua, puesto que no pudiendo prosperar el recurso en virtud de los motivos que el procesado alega, resulta más ventajoso para éste el estudio del caso por la faz que el señor Procurador Delegado propone en ejercicio de la facultad que aquella antigua ley le confería. Así se cumple el principio consagrado por la Constitución sobre aplicabilidad de la ley más benigna para el reo. Lo cual no quiere decir que se pretenda aplicar en este caso, simultáneamente, el antiguo y el nuevo Código

de Procedimiento Penal. Y en cuanto a la pena, se desecha, desde luego, la posibilidad de combinar los dos códigos para aplicar, por ejemplo, la pena que al homicidio asignaba el antiguo, y determinar la de heridas o lesiones personales conforme al nuevo estatuto, que podría resultar más benigno. En otros fallos ha dicho la Corte que dada la unidad de criterio que inspira a cada código penal no sería jurídico ni razonable hacer esa combinación de leyes. Y con mayor razón en casos como éste en que las dos legislaciones han consagrado principios antagónicos para el concurso de delitos.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, once de julio de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado. ponente: doctor José Antonio Montalvo).

Abraham Ríos, sentenciado por el Tribunal de Pamplona como responsable de homicidio en Luis Antonio Mendoza y de heridas en Octaviano Ríos, su propio hermano, a la pena de catorce años, siete meses y quince días de presidio, ha recurrido en casación.

Se trata de proceso iniciado en mayo de mil novecientos treinta y siete, tramitado, por consiguiente, de acuerdo con la antigua ley procedimental; y de ahí que el señor Procurador haya podido ejercitar en este caso la facultad otorgada por el artículo 6º de la ley 118 de 1931, facultad

en virtud de la cual amplía la demanda, fundándola en motivos distintos de los que formula el recurrente.

Invoca Ríos las causales 1ª, 2ª y 3ª del artículo 567, nuevo Código de Procedimiento Penal. La 1ª y la 3ª, violación de la ley penal y desacuerdo entre la sentencia y el auto de proceder por el veredicto del jurado, también estaban erigidas en motivos de casación por la ley 118 de 1931, de suerte que pueden ser tenidas en cuenta, ya sea con la antigua ley o con el nuevo código.

El procesado intenta fundar la causal 2ª en los términos siguientes:

“Segunda causal:

“Por errada interpretación y apreciación de los hechos en la sentencia, atribuyéndoles un valor probatorio que no tienen.

“Fundo esta causal: en que de conformidad con el artículo 22 de la Constitución Nacional, 3º y 39 del C. P., 4º, 5º, 31 de la ley 57 de 1887 y 5º del Código de Procedimiento Penal, siendo éste mi primer delito, existiendo las pruebas de mi conducta anterior irreprochable, con los cuales se demuestra no ser un individuo peligroso, ni temible, ni incorregible, sino por el contrario: apto para la vida moral, útil y civilizada, debe fallárase mi causa de acuerdo con la pena más benigna; pues de las pruebas del proceso aparece que contra mi querer, contra mi deseo y contra mi voluntad fue que me vi obligado a rechazar una agresión injusta, sin tiempo para deliberar, que hubo un conjunto de factores y de fuerzas que se oponen al estado normal de sus funciones y que deciden de la gravedad de los actos humanos en relación con la responsabilidad en su menor grado; colocándose el juzgador, para fallar humanamente dentro del espíritu del procesado en el momento de la agresión, considerando el aspecto subjetivo y relativo como cualquier otro obraría en análogas circunstancias, salta a la vista con luz meridiana, con diáfana claridad, y a voz en cuello grita la justicia que de DOS AÑOS

CINCO MESES cambiar el fallo por CA-TORCE AÑOS SIETE MESES, hay una desproporción tan enorme, tan grave para un sér en desgracia, que me ha impedido a apelar de vuestro sabio criterio para que brille en vuestro fallo el imperio del derecho, la majestad de la ley”.

Como se ve, este reparo del recurrente contra la sentencia es más bien una queja por lo que él estima aplicación rigorista de la ley, dada la desproporción entre la pena que impuso el juez de primera instancia, — dos años cinco meses, — y la que, en su lugar, aplicó el Tribunal, — catorce años, siete meses.—En el fondo lo que plantea este pasaje de la demanda es el punto de indebida aplicación de la ley penal.

Quedan por examinar las causales 1ª y 3ª de casación invocadas por el reo y que están enunciadas casi en los mismos términos en la antigua y en la nueva ley procesal.

En el recurso de que ahora se trata deben estudiarse conjuntamente las dos causales, por cuanto el procesado las hace derivar ambas de un mismo motivo o razón, a saber: el veredicto del Jurado, según el recurrente, definió su caso como el de un homicidio en que medió provocación y por lo tanto la pena imponible sería la correspondiente a un homicidio “de los menos graves” que contempla el artículo 602 del Código Penal de 1890.

Sobre este particular se observa lo siguiente: el juzgado a quo había enunciado de modo expreso, en el auto de proceder, la circunstancia de premeditación; pero al revisar ese auto el Tribunal la descartó, pues “el acusado no obró, dice esta entidad, bajo la acción inmediata de una ofensa o provocación, pero es preciso tener en cuenta que la animosidad no cede rápidamente, dando cabida a la reflexión, ni aun en personas educadas” (auto de veintiuno de julio de mil novecientos treinta y ocho, folios 82—89).

Y en otro mensaje de esa misma pieza dice el Tribunal:

“No apareciendo prueba en contrario se

debe aceptar que inmediatamente antes de llegar el acusado a la casa para sacar el cuchillo, tuvo con su hermano alguna disputa de la cual se originó el propósito de agredirle, como claramente lo manifestó ante los testigos con su actitud y palabras”.

No hay, pues, desacuerdo entre el veredicto y las apreciaciones formuladas en el auto de proceder.

Ahora debe examinarse si lo hay entre la sentencia y el veredicto.

Sostiene el recurrente que sí, y para ello se funda en que habiendo dicho el jurado que el reo mató e hirió “momentos después de haber recibido ofensas”, debía el juzgador de derecho considerar el homicidio como de “los menos graves” y aplicar la pena que para ese caso señala el artículo 602 del Código Penal de 1890, en vez de la que determina el art. 600, *ibidem*.

En repetidas ocasiones ha dicho la Corte que cuando el veredicto coloca un homicidio en alguno de los casos a que se refiere el artículo 602 de aquel código, puede aplicarse la pena aminorada que él indica, de acuerdo con el inciso 2º de tal artículo, que dice así:

“Lo propio se aplicará a los delitos que, a juicio del juez, sean menos graves, entre los definidos en los números 1º, 2º, 4º, 5º y 7º del artículo 587, que no sean objeto de disposición especial”.

Pero también ha explicado la Corte que el hecho de que un homicidio voluntario aparezca revestido de las modalidades que señala alguno de estos numerales del art. 587, no quiere decir que necesariamente deba considerarse como “de los menos graves”; y que si esta calificación la deja la ley “a juicio del juez”, como dice el precitado artículo 602, es facultativo para el juzgador de instancia aplicar o nó el artículo 602 en vez del 600, sin que la sentencia pueda considerarse violatoria de la ley penal por la sola consideración de que el Tribunal haya estimado que no debe ejercitar esa facultad.

Además, en el caso de Abraham Ríos

el jurado contestó al cuestionario: “sí, pero momentos después de haber recibido ofensas”, sin añadir o explicar que éstas hubiesen sido graves; de modo que el veredicto ni siquiera encajaría exactamente en el numeral 1º del artículo 587 (C. P. de 1890), es decir, no da base para estudiar si el hecho pudo ser o no “de los menos graves”.

Por último: transcribe el señor Procurador un pasaje de la sentencia recurrida, en donde el Tribunal expone las circunstancias de hecho acreditadas en el proceso, que no permitirían considerar el homicidio de autos como “de los menos graves”; de suerte que no carece de motivación el fallo en este punto por el cual se le ataca, y fue acertado y equitativo el Tribunal cuando rectificó la calificación benigna hecha por el Juez.

Así, no puede prosperar el recurso en virtud de este aspecto de la causal 1ª que el recurrente alega.

Puesto que el procesado se acoge al nuevo Código de Procedimiento cuando invoca las causales 1ª, 2ª y 3ª del artículo 567; y demostrado como queda que el recurso no puede prosperar por ninguno de los aspectos que el reo propone, sería el caso de poner aquí fin a la sentencia.

Mas, como el señor Procurador de la Nación, ateniéndose a la ley procesal vigente cuando ocurrió el delito y cuando se adelantó el juicio, aduce otros motivos de casación que redundan en provecho del sindicado, debe la Corte entrar a considerarlos.

No quiere ello decir que se pretenda aplicar en este caso, simultáneamente, el antiguo y nuevo código de procedimiento penal; sino que en virtud del principio consagrado por la Constitución sobre aplicabilidad de la ley más benigna para el reo, es dable estudiar el presente recurso a la luz de la ley que resulte más favorable, o sea la antigua, puesto que no pudiendo prosperar el recurso en virtud de los motivos que el procesado alega, resulta más ventajoso para éste el estudio del caso por la faz que el señor Procurador

delegado propone en ejercicio de la facultad que aquella antigua ley le concedía.

Dice la vista del señor Procurador:

“El Tribunal aplicó indebidamente la ley penal, porque calificó la delincuencia del acusado en grado medio, debiendo hacerlo en el tercero.

“Las agravantes que tuvo en cuenta fueron éstas: la alevosía o indefensión de las víctimas; ser dos los delitos cometidos por Ríos, y ser uno de los ofendidos hermano del acusado.

La primera agravante es indiscutible, pues en realidad los ofendidos fueron atacados con cobardía o deslealtad, cuando habían sido desarmados y se presentaban tranquilamente, cogidos del brazo, en el lugar donde se les hirió.

“El ser dos las víctimas, da lugar en este caso a un concurso material de delitos, que fue sancionado por el sistema de la acumulación material de penas consagrado por el artículo 133 del viejo Código Penal. De modo que este fenómeno del concurso no constituye una circunstancia agravante, de carácter accesorio, sino que implica la imposición de penas correspondientes a los distintos hechos cometidos. Por eso, el concurso de delitos no está contemplado como circunstancia agravante o de mayor peligrosidad en los Códigos penales. El es materia de disposición especial.

“En consecuencia, esta agravante no existe.

“Y el ser uno de los ofendidos hermano del acusado, es una circunstancia específica del delito prevista en disposición especial. De ahí que el Tribunal aplicara los artículos 633 y 653 del Código Penal para capitalizar el parentesco. Al considerarlo otra vez como circunstancia accesorio, se sanciona doblemente un mismo hecho y se rompe el principio *non bis in idem*.

“Por tanto, hay que desechar esta agravante.

“Existiendo una sola circunstancia de agravación, la delincuencia debe calificarse en el menor grado, pero con el aumen-

to de la sexta parte diferencial que autoriza el artículo 124 del Código de 1890, como lo tiene resuelto la Honorable Corte”.

Las razones que presenta el señor Procurador bastan para mostrar como la sentencia recurrida no aplicó bien la ley en cuanto a la graduación de la delincuencia, de donde resulta que debe invalidarse el fallo del Tribunal.

En tal evento corresponde a la Corte dictar la sentencia que haya de reemplazar a la infirmada.

Necesario es entonces comparar la penalidad del código vigente al tiempo del delito con la del que ahora rige, a fin de aplicar la ley que resulte más favorable al procesado.

Se desecha, desde luego, la posibilidad de combinar los dos códigos para aplicar, por ejemplo la pena que al homicidio asignaba el antiguo, y determinar la de heridas o lesiones personales, conforme al nuevo estatuto, que podría resultar más benigno.

En otros fallos ha dicho la Corte que dada la unidad de criterio que inspira a cada código penal no sería jurídico ni razonable hacer esa combinación de leyes.

Y con mayor razón en casos como éste en que las dos legislaciones han consagrado principios antagónicos para el concurso de delitos.

Se procede, pues, a examinar la cuestión a la faz de cada uno de los dos códigos penales.

Con el de 1890, calificando la delincuencia en el grado más benigno, y hecho el aumento que el señor Procurador insinúa de la sexta parte diferencial entre el máximo y el mínimo, habría que imponer: siete años por el delito de homicidio (artículo 600) y cuatro años, cuatro meses, quince días por el de heridas (artículo 647, con la agravación de una cuarta parte según el artículo 653). Total, once años, cuatro meses, quince días de presidio, por la acumulación material de penas correspondiente al concurso real de delitos en el antiguo estatuto.

Ante el nuevo Código y en virtud de su artículo 33 que establece el sistema de la acumulación jurídica de las penas como lo observa el señor Procurador, habría que imponer la correspondiente al delito más grave o sea el homicidio, aumentada hasta en otro tanto.

Pero al optar por esta penalidad hay que apreciar la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, la personalidad del agente y las circunstancias de mayor o menor peligrosidad (artículo 36).

Superfluo sería decir que en un proceso levantado sin mira a la aplicación del nuevo código se carece de datos para evaluar factores tan complejos como la personalidad del agente.

Algunas circunstancias del hecho sí aparecen de autos y por cierto revelan mayor peligrosidad, por ejemplo, la del estrecho parentesco entre el delincuente y una de las víctimas (su propio hermano), y la indefensión de ambas, procurada previamente por el reo.

Emana de aquí la conclusión de que en manera alguna podría aplicarse a Abraham Ríos el mínimo de la sanción penal que para este caso es, como base, la que indica el artículo 362 del Código de 1936, o sea la de ocho años de presidio.

Apreciando en diez años la pena imponible por el homicidio y adoptando el aumento de tres años que el señor Procurador insinúa por el delito concurrente de heridas, resultarían trece años de presidio, pena más gravosa para el reo que la del viejo Código. Debe, pues, sentenciarse de acuerdo con éste.

En virtud de los considerandos que preceden la Corte Suprema, Sala de casación penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por auto-

ridad de la ley, de acuerdo en lo principal con el concepto del señor Procurador, resuelve:

1º **Invalídase** la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona que condenó a Abraham Ríos a la pena principal de catorce años, siete meses y quince días de presidio, sentencia que lleva fecha dieciséis de octubre de mil novecientos treinta y nueve;

2º En su lugar se impone al mismo Abraham Ríos, por el delito de homicidio cometido en la persona de Luis Antonio Mendoza y el de heridas en Octaviano Ríos, la pena de once años, cuatro meses y quince días de presidio, la cual cumplirá en el lugar de castigo que el Gobierno designe. Como parte cumplida de esta pena se computará el tiempo que el reo haya estado en detención o prisión preventiva;

3º Condénase, además, a Abraham Ríos a la pérdida de todo empleo público y de toda pensión del Tesoro, a quedar privado, por tiempo indefinido, de los derechos políticos y al pago de las costas procesales.

El Juzgado de origen dará cumplimiento al artículo 16 del Decreto número 944 de 1934 sobre anotación de esta sentencia en el Censo Electoral permanente para lo cual pasará comunicación tanto al Jurado Electoral del domicilio del reo como a la oficina de Identificación Electoral del Ministerio de Gobierno, que funciona en Bogotá.

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., Srío.

EL LLAMADO ARBITRIO DEL JURADO — NULIDAD POR VEREDICTO CONTRADICTORIO.

I.—La ley no prescribe cuáles o cuántas pruebas son suficientes para formar el convencimiento de los jueces de conciencia, ni les traza criterios directivos para apreciar la credibilidad o la eficacia intrínseca de aquéllas. No están sujetos a tarifa legal de pruebas. Pero se entiende que la amplia libertad de apreciación de que disfrutaban se refiere a las pruebas creadas en el proceso y nada más que a éstas. "Los jurados no deben perder de vista —dice el conocido precepto sobre la materia— que todo su examen no puede versar sino sobre el hecho o hechos en que se haya fundado la acusación". Y antes dice que lo que deben investigar en la sinceridad de su conciencia es qué impresión han dejado en ella "las pruebas creadas contra el acusado y las producidas en defensa de éste" (art. 304, ley 57 de 1887).

Advierte también la ley que ella no pide cuenta a los jurados de los medios por los cuales llegan a adquirir el convencimiento. Mas esta prerrogativa tiene también un sentido relativo, armónico con los demás preceptos que definen el campo de acción de los jurados. Estos no tienen que explicar cómo, por qué o de qué modo los elementos de información sometidos al examen de su conciencia determinaron la convicción manifestada en el veredicto. Este no es motivado expresamente, a diferencia del fallo que pronuncia el Juez de derecho al aplicar la ley penal, y por eso se dice que los jueces de conciencia fallan verdad sabida y buena fe guardada, lo que no significa que puedan formar su convencimiento en virtud de elementos o medios de información distintos de los que integran el proceso, teniendo por tales las pruebas de cargo y de descargo produci-

das en el sumario, en el plenario de la causa y en el acto de la audiencia.

Conviene, pues, recordar el sentido de tales preceptos, y explicar, inclusive, que la falta de motivación expresa del veredicto está compensada por la fiscalización que la sociedad ejerce sobre el Jurado, ya por medio del público que asiste a las audiencias, ya por medio del Juez que dicta la sentencia, a quien la ley impone el deber de declarar injustas las resoluciones del Jurado, si a su juicio fueren contrarias a la evidencia de los hechos probados en el proceso. Y habrá casos en que, a falta de otra sanción, subsistirá la reprobación social contra un veredicto evidentemente contrario a la justicia, si el Juez o el Tribunal, debiendo declararlo así, no lo hicieren, y si no hubiere contra él otro medio legal de impugnación.

De suerte que el llamado arbitrio del Jurado se limita a la apreciación de las pruebas que el proceso suministra y está también condicionado por la conformidad que, a juicio del Juez, guarde el veredicto con la realidad de los hechos probados.

II.—Es contradictorio el veredicto cuando el Jurado afirma la responsabilidad del acusado, agregando no estar probada su identidad. En este caso no existe propiamente veredicto. El Juez no puede dividir la respuesta, de modo de adoptar aisladamente la afirmación, desechando lo que la destruye, a pretexto de que la identidad del procesado es cuestión de derecho extraña a la misión del Jurado.

El saber si un sujeto es o no el autor material del delito es cuestión de hecho y no deja de serlo porque el juicio se forme a través de las pruebas del proceso. Cuando el Jurado admite que tales prue-

bas demuestran la identidad del responsable, o que no la demuestran, y así lo manifiesta, no está calificando las pruebas según la ley, es decir, no está realizando un raciocinio jurídico a fin de aplicar principios convencionales a las pruebas para deducir consecuencias también convencionales. Está expresando su visión propia del hecho, o, como dicen los lógicos, el estado de certidumbre o de duda de la conciencia con relación a la existencia del hecho.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, doce de julio de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Absalón Fernández de Soto)

El Tribunal Superior de Bucaramanga condenó a Timoleón Peña Vargas, hijo de Clemente Peña y Heliodora Vargas, de unos treinta y siete años de edad, natural de Silos y preso actualmente en la cárcel del distrito judicial de aquella ciudad, a la pena principal de veinticuatro años de presidio como autor de asesinato en la persona de Pedro Villamizar y de doble delito de heridas en Julio y Nazaria Villamizar.

Contra tal fallo han recurrido en casación el defensor y el reo. Las causales invocadas fueron la primera y la cuarta del artículo 3º de la ley 118 de 1931.

El texto legal de la primera dice así:

“Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma”.

Y la cuarta es del siguiente tenor:

“No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, o estar dicha sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado”.

Alegan los recurrentes que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto, porque éste, en el fondo, es absolutorio y no condenatorio, de donde deducen que aquella debe infirmarse, dictando en su lugar sentencia absolutoria.

Se trata de proceso iniciado con anterioridad a la vigencia de la ley 94 de 1938 (nuevo código de procedimiento penal). Y como los recurrentes invocaron la ley preexistente, o sea la 118 de 1931, de acuerdo con ella se ha tramitado y se fallará el recurso.

El debate sobre la legalidad de la sentencia gira en torno de la forma como los jueces de conciencia tuvieron a bien responder a los respectivos cuestionarios: Al mismo tiempo que afirmaron la responsabilidad del acusado, hicieron las adiciones que van a verse.

El primer cuestionario dice así:

“Timoleón Peña Vargas es responsable de haberle dado muerte voluntariamente y con premeditación, esto es con deliberación o resolución previa de matar, a Pedro Villamizar, hecho ocurrido como a eso de la una de la tarde del día veintiuno de junio de mil novecientos treinta y tres, en la plaza del caserío del corregimiento de Santa Bárbara, del vecindario de Umpalá?”

Respuesta: “Sí, pero son deficientes las pruebas de identidad”.

Segundo cuestionario:

“Timoleón Peña Vargas es responsable de haber ejecutado el hecho a que se refiere la pregunta anterior, con alevosía o a traición y sobreseguro, sorprendiendo descuidada y desapercibida a la víctima, y ejecutando con ella actos de ferocidad o de crueldad?”.

Respuesta: “Sí”.

Tercer cuestionario:

“Timoleón Peña Vargas es responsable de haberle causado a Nazaria Villamizar varias heridas con arma cortante y punzante, a consecuencia de las cuales estuvo incapacitada para trabajar durante cuarenta días, y le quedó además de un defecto físico un defecto fisiológico grave y permanente, hecho ocurrido como a eso de la una de la tarde del día veintiuno de junio de mil novecientos treinta y tres, en la plaza del caserío del corregimiento de Santa Bárbara, del vecindario de Umpalá?”.

Respuesta: "Sí, pero son deficientes las pruebas".

Cuarto cuestionario:

"Timoleón Peña Vargas es responsable de haberle causado a Julio Villamizar varias heridas de arma cortante, a consecuencia de las cuales estuvo incapacitado durante sesenta días, y le quedó un defecto físico leve, de por vida, consistente en las cicatrices de tales heridas, hecho que tuvo lugar como a eso de la una de la tarde del día veintiuno de junio de mil novecientos treinta y tres, en la plaza del caserío del corregimiento de Santa Bárbara, del vecindario de Umpalá?"

Respuesta: "Sí, pero no está probada la identidad".

Tales son los veredictos que sirvieron de base a la sentencia sometida hoy al juicio de la Corte. Sustentando su acusación razona así el defensor:

"Todas las respuestas hablan de la deficiencia de la identidad, es decir, no están completas, y si no están completas, pues es evidente que no hay convicción, no hay certeza, no hay seguridad y por lo mismo no ha habido condena; ese pensamiento lo sintetizaron de manera muy exacta en la última respuesta cuando dijeron que no había prueba de la identidad. Agregaron un sí a esa afirmación, lo que vale decir, condenaron abstractamente a un Timoleón Peña, al que aparecía en los autos, pero al referirse al que estaba en la audiencia, manifestaron su grave duda y no se atrevieron a lanzar sobre él tan grave condenación.

"... La respuesta o es contradictoria o es absolutoria.

"... estimo que el veredicto del Jurado es de absolución, es decir, al dudar en una parte de la identidad y al negarla rotundamente en la otra, ha dicho que quien se presentó a la audiencia no aparece ante los ojos del Jurado como un culpable y que para él no es esa respuesta de condenación; y si ello es así, deber del Juzgado es buscar ese responsable y sentenciar al presentado de acuerdo con esa voluntad de los juzgadores de hecho. Lue-

go la sentencia está en perfecto desacuerdo con el veredicto del jurado".

El Procurador Delegado en lo Penal discurre extensamente sobre la cuestión planteada. En primer lugar, observa que los razonamientos transcritos no corresponden a los supuestos contemplados por el legislador en las causales 1ª y 4ª; pero considerando que los hechos alegados se refieren a otro motivo de casación previsto en la ley citada, haciendo uso de la facultad legal que en este caso tiene, amplía y encauza la demanda, fundándola en la causal 6ª, que dice:

"Haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio".

Tratando de interpretar los términos del veredicto, expone el Procurador:

"Qué quiso decir el Jurado con sus afirmaciones 'son deficientes las pruebas de identidad?'. Sencillamente que no estaba convencido de la responsabilidad del Timoleón Peña Vargas que se estaba juzgando. Y esta conclusión aparece indubitable frente a los siguientes antecedentes procesales:

"Durante el término probatorio, el señor defensor pidió que los señores Pedro León Jaimes, Pedro Antonio Jerez (presos en la cárcel), Joquín Jaimes, Cupertino Jaimes y Juan de Dios Maldonado (que también estuvieron presos) declarasen si el Timoleón Peña que está ahora detenido como responsable de los delitos expresados, era el verdadero autor de ellos. En su generalidad, los testigos expusieron no ser la misma persona, por no coincidir la filiación de uno y otro Timoleón Peña.

"En la audiencia pública se suscitó el problema de la identidad de Peña, y se hizo comparecer al acto a la madre del ócciso y asimismo ofendida por la mano de Peña, a fin de que reconociera al acusado. En el acta de la audiencia, se lee lo siguiente:

En seguida se hizo entrar a la sala al procesado Timoleón Peña Vargas, y nuevamente el señor defensor interrogó a la declarante para que dijera si ese es el individuo a quien ella ha venido refirién-

dose en su exposición con el nombre de Timoleón Peña Vargas, a lo cual contestó la mujer: 'Hace mucho que no lo veo pero éste es'. A esto replicó Timoleón: 'Yo no la conozco'. Y Nazaria le dijo: 'Hombre, Timoleón, usted me desmiente', y éste le contestó: 'Sí la dismiento, porque yo a usted no la conozco'. La declarante sostuvo su afirmación de que éste es el mismo individuo que la hirió a ella y le dio muerte a su hipo Pedro, y el procesado le contestó: 'Esta ya ha jurado en falso'.

"Luégo dice el acta:

'En este estado tanto el señor Fiscal como el defensor pidieron que se levantara la audiencia y se convocara para una nueva sesión con el fin de hacer comparecer ante el Jurado algunos de los testigos del expediente con el fin de establecer de manera definitiva la identidad del procesado, petición que fue aceptada por el señor Juez, quien dispuso se levantara la sesión y se citara a algunos testigos de los que las partes pidieran con el fin de establecer en debida forma la identidad'.

"Al día siguiente, el señor fiscal pidió que se practicara un reconocimiento en rueda de presos del acusado Peña por parte del testigo Higinio Romero, quien se hallaba en la ciudad.

"Decretada la prueba y hecho el reconocimiento, el testigo identificó a Timoleón Peña Vargas como el mismo autor de los delitos investigados.

"Los otros testigos no fue posible que comparecieran a identificar al acusado, por hallarse ausentes de la ciudad y por no haberse consignado el dinero suficiente para que se trasladaran a Bucaramanga.

"En la segunda y última sesión, cuando el señor fiscal estaba en uso de la palabra y sostenía que sí se hallaba demostrada en autos la identidad del acusado, un juez de hecho 'interrogó al señor fiscal para que explicara por qué no están de acuerdo las filiaciones dadas por algunos testigos sobre el autor de los delitos

de que aquí se trata, y el señor fiscal le respondió que el Jurado apreciaba en conciencia todas las pruebas, y que el ministerio público se abstenía de analizar nuevamente este aspecto de la cuestión' (acta de la audiencia, página 79 del cuaderno cuarto).

"Mas la duda del Jurado aparece sobresaliente en el momento mismo de dar su veredicto.

"Efectivamente, al pie del primer cuestionario se observa un 'no' borrado y encima de éste un 'sí'; lo mismo se ve en el tercer cuestionario. En la cuarta cuestión, relativa al delito de heridas en Julio Villamizar, el Jurado patentizó mejor su vacilación, pues luégo de responder 'No porque son deficientes las pruebas', tacha este veredicto y consigna en seguida este otro: 'Sí, pero no está probada la identidad'.

"Indudablemente la respuesta negativa debió ser la que estampó en un principio en las cuestiones primera y tercera, que aparecen corregidas.

"Lo anterior está, pues, indicando con soberana evidencia que el Jurado, al dar su veredicto, se agitaba en el torturante desasosiego de la duda y que su inteligencia no acertaba a descansar con firmeza en la verdad, en el hecho referente a la identidad del acusado Peña.

"Y veredictos en esta forma contaminados jamás pueden ser la expresión nítida de la certeza y de la equidad, y menos pueden servirle a un juez de derecho para desarrollar, fundado en ellos, una sentencia condenatoria".

Explica luégo cómo "verdad", "certeza" y "justicia" son elementos constitucionales del veredicto; transcribe las solemnes admoniciones de la ley 57 de 1887 sobre la misión de los jueces de conciencia para anotar que en esta causa fueron contrariadas: "El Jurado —dice— no resolvió con 'firmeza', con 'convencimiento', con 'convicción íntima' los cuestionarios sometidos a su estudio, puesto que ha manifestado expresamente que 'las pruebas son deficientes' y que 'no está proba-

da la identidad del acusado, con lo cual sus veredictos, lejos de consultar la equidad y el acierto, resultan hasta inmorales'. De paso hace severas reflexiones sobre la incapacidad que generalmente se observa en los jurados para cumplir su misión y sobre las perturbaciones que ese factor produce en la administración de justicia.

Ni el Juez de la causa, ni el Tribunal hallaron en los términos contradictorios del veredicto obstáculo alguno para sentenciar. El Tribunal acoge las opiniones emitidas al respecto por el fiscal de esa entidad y agrega:

"....la misión del Jurado es simplemente la de calificar la responsabilidad del acusado, apreciando en conciencia las pruebas creadas contra él y las producidas en su defensa, y, por tanto, se sale de sus naturales atribuciones cuando invade el campo propio del juzgador de derecho. En el caso de este juicio, el Jurado afirmó la responsabilidad de Peña Vargas en los tres casos que fueron sometidos a su consideración; y a pesar de las dudas y vacilaciones que pudo tener; las respuestas son afirmativas, y no pueden desconocerse porque tienen pleno respaldo en los autos. La cuestión de saber si el hombre que compareció a juicio es realmente Timoleón Peña Vargas o es otra persona, no es punto que incumba decidir a los jueces de hecho sino al juez de derecho; pues si no lo es, la causa es nula desde la notificación del auto de proceder, por cuanto el juicio se ha seguido con quien no es el obligado a responder, y las nulidades las resuelve el juez conforme a las reglas generales. Y además de no ser procedente la adición del Jurado en sus respuestas, hay otra razón fundamental para no aceptarla, a saber: que en los autos está probada plenamente la identidad de quien compareció a juicio con la persona a quien se refieren las pruebas de cargo. La duda que al respecto se planteó y logró llevarse al ánimo del Jurado fue apenas un recurso defensivo, encaminado a obtener la libertad del hoy

detenido, iniciando a la vez la búsqueda de otro que jamás podrá ser hallado porque es el mismo que se puso en libertad".

Glosando la anterior explicación dice el Procurador:

"Está en un error el H. Tribunal. Es cierto que la misión del Jurado consiste en calificar los hechos criminosos sometidos a su estudio y en decidir, en último término, si el acusado es o no responsable. Pero desde que el Jurado debe definir la responsabilidad, resulta obvio que tiene que empezar por resolver el punto primordial de la imputabilidad, de la identidad del hombre a quien va a juzgar, esto es, si ese hombre es el autor del delito y si éste le pertenece como un efecto espontáneo de su personalidad. De lo contrario, la responsabilidad de quién se predicaría?

"El tercer objetivo de la investigación penal, supuesta la existencia del hecho denunciado, lo mismo que su carácter de delictuoso, es y será siempre allegar la prueba referente al autor del delito; es decir, establecer ante todo la imputabilidad, que no es otra cosa que la posibilidad de atribuir materialmente una acción física o muscular determinada al hombre que realmente la ha ejecutado.

"Demostrada la imputabilidad, viene luego la responsabilidad, según la cual el sujeto que ha cometido el hecho punible está obligado a responder de él ante la sociedad y a sufrir las consecuencias jurídicas de su acto. Florián dice muy bien que "procesalmente, la responsabilidad penal se traduce en la declaración de que el individuo es imputable y está efectivamente obligado a sufrir las consecuencias jurídico-penales de un hecho punible como autor o partícipe del mismo".

Concluye así la vista del Procurador:

"La infirmación, pues, del fallo se impone por este vicio, y no porque se reconozca que los jueces han condenado a una persona que no es la verdadera responsable. Este tema sólo incumbe resolverlo de manera clara y firme al nuevo tribunal de conciencia.

“Por lo demás, se trata en este expediente de un caso que causa verdadero pavor, por la perversidad de su autor, la salvaje ferocidad de sus instintos y la insensibilidad absoluta de su sentido moral. El nuevo Jurado habrá de cumplir como se debe su sagrada misión, a fin de que la justicia no sufra ningún menoscabo.

“Prosperando la causal sexta de casación, ella debe desatarse en el sentido práctico de convocar otro Jurado que califique nuevamente los hechos criminosos, como lo tiene resuelto la Honorable Corte.

“Por lo expuesto, la Procuraduría pide a la Honorable Corte, del modo respetuoso, se digne invalidar la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Bucaramanga y disponer que se convoque un nuevo Jurado”

El señor Procurador ha situado la acusación contra la sentencia en el plano legal que le corresponde. El veredicto es evidentemente contradictorio y como tal no podía servir de base a los juzgadores de instancia para pronunciar sentencia definitiva en ningún sentido. El Jurado, teniendo de presente al acusado Timoleón Peña Vargas, es decir, al sujeto sobre quien versa el proceso, afirmó su responsabilidad en la comisión de los delitos de asesinato y heridas que se le imputan y al propio tiempo negó la suficiencia de las pruebas de identidad, se entiende que del mismo sujeto cuya responsabilidad afirma.

La primera, tercera y cuarta respuestas equivalen a estas otras:

Primera. Sí, pero son deficientes las pruebas de que el matador sea el acusado.

Tercera. Sí, pero son deficientes las pruebas de que el heridor sea el acusado.

Cuarta. Sí, pero no está probado que el heridor sea el acusado.

Es decir, que a juicio del Jurado, el conjunto de las pruebas no demuestra que el autor de los delitos sea el sujeto a quien

juzgó. Y entonces ¿de quién se predica la responsabilidad que afirmó?

En otros términos: si el Jurado vio que en el proceso no estaba probada la identidad del acusado y de ello quiso dejar constancia escrita al responder a los cuestionarios, ¿entonces en que se apoyó para afirmar su responsabilidad, cuestión que el entendimiento no puede resolver sin admitir la identidad, o sea la calidad de ser el acusado y no otro hombre el autor del hecho?

La ley ciertamente no prescribe cuáles o cuántas pruebas son suficientes para formar el convencimiento de los jueces de conciencia, ni les traza criterios directivos para apreciar la credibilidad o la eficacia intrínseca de aquéllas. No están sujetos a tarifa legal de pruebas. Pero se entiende que la amplia libertad de apreciación de que disfrutaban se refiere a las pruebas creadas en el proceso y nada más que a éstas. “Los jurados no deben perder de vista — dice, el conocido precepto sobre la materia — que todo su examen no puede versar sino sobre el hecho o hechos en que se haya fundado la acusación”. Y antes dice que lo que deben investigar en la sinceridad de su conciencia es qué impresión han dejado en ella “las pruebas creadas contra el acusado y las producidas en defensa de éste” (artículo 304, ley 57 de 1887).

Advierte también la ley que ella no pide cuenta a los jurados de los medios por los cuales llegan a adquirir el convencimiento. Mas esta prerrogativa tiene también un sentido relativo, armónico con los demás preceptos que definen el campo de acción de los jurados. Estos no tienen que explicar cómo, por qué o de qué modo los elementos de información sometidos al examen de su conciencia determinaron la convicción manifestada en el veredicto. Este no es motivado expresamente, a diferencia del fallo que pronuncia el Juez de derecho al aplicar la ley penal, y por eso se dice que los jueces de conciencia fallan verdad sabida y buena fe guardada, lo que no significa que pue-

dan formar su convencimiento en virtud de elementos o medios de información distintos de los que integran el proceso, teniendo por tales las pruebas de cargo y de descargo producidas en el sumario, en el plenario de la causa y en el acto de la audiencia.

Conviene, en casos como éste, recordar el sentido de tales preceptos, y explicar, inclusive, que la falta de motivación expresa del veredicto está compensada por la fiscalización que la sociedad ejerce sobre el Jurado, ya por medio del público que asiste a las audiencias, ya por medio del Juez que dicta la sentencia, a quien la ley impone el deber de declarar injustas las resoluciones del Jurado, si a su juicio fueren contrarias a la evidencia de los hechos probados en el proceso. Y habrá casos en que, a falta de otra sanción, subsistirá la reprobación social contra un veredicto evidentemente contrario a la justicia, si el Juez o el Tribunal, debiendo declararlo así, no lo hicieren, y si no hubiere contra él otro medio legal de impugnación.

De suerte que el llamado arbitrio del Jurado se limita a la apreciación de las pruebas que el proceso suministra y está también condicionado por la conformidad que, a juicio del Juez, guarde el veredicto con la realidad de los hechos probados.

Según las reglas del antiguo procedimiento, bajo el cual se adelantó el proceso, el Jurado debió contestar SI o NO, y admitida la responsabilidad del acusado sólo le estaba permitido expresar que el delito se había ejecutado con tal o cual circunstancia distinta o modificadora de las especificaciones en el cuestionario. Con la advertencia de que estas modificaciones tienen que tener base en las pruebas del proceso. Pero en manera alguna agregar, como lo hizo, una expresión que envuelve palmariamente negación de lo ya afirmado. Los ciudadanos llamados a formar el Jurado de Timoleón Peña Vargas dejaron prácticamente sin resolver las diferentes cuestiones sometidas a su juicio, faltando así al fiel desempeño de la misión

que recibieron. Ante respuestas carentes de sentido, lo indicado era convocar de nuevo el Jurado y previa lectura y explicación de los preceptos legales sobre la materia, someterle otra vez las cuestiones, de acuerdo con la siguiente disposición, aplicable también al caso:

“Artículo 310, Ley 57 de 1887. Si el Juez hallare que alguna de las cuestiones no ha sido resuelta, devolverá inmediatamente el expediente al Jurado para que la resuelva, y acto continuo procederá el Jurado a verificarlo.

“Si más tarde notare el Juez o el Tribunal, en su caso, que no se han resuelto las cuestiones propuestas, o que las resoluciones del Jurado no están arregladas, en lo sustancial, a las fórmulas prescritas, o que no aparecen suscritas por todos los jueces de hecho, convocará de nuevo al Jurado para que llene la formalidad a que se haya faltado. Lo mismo se hará cuando el Juez no haya propuesto todas las cuestiones que el Jurado debía resolver, o se note en ellas un error sustancial”.

La inobservancia de la norma transcrita desvió la actuación de su cauce legal, empeñándose luego los juzgadores de instancia en fallar la causa sin que existiera propiamente veredicto del Jurado. Le atribuyeron el carácter de tal a una declaración contradictoria, dividiéndola, de modo de adoptar aisladamente el SI, y desechar la adición que lo destruye. El Tribunal, lo mismo que el Juez, explican la solución con razones sin duda respetables como reflejo de una convicción moral opuesta al aserto del Jurado, pero insostenibles como precedente, a la luz de los principios que ayer como hoy rigen el procedimiento en los juicios penales en que interviene el Jurado.

El saber si un sujeto es o no el autor material del delito es una cuestión de hecho y no deja de serlo porque el juicio se forma a través de las pruebas del proceso. Cuando el Jurado admite que tales pruebas demuestran la identidad del responsable, o que no la demuestran, y así lo manifiesta, no está calificando las prue-

bas según la ley, es decir, no está realizando un raciocinio jurídico a fin de aplicar principios convencionales a las pruebas para deducir consecuencias también convencionales. Está expresando su visión propia del hecho, o, como dicen los lógicos, el estado de certidumbre o de duda de la conciencia con relación a la existencia del hecho.

Otra irregularidad, que obligaba a reponer la actuación de los jueces de hecho, está a la vista en las raspaduras y tachaduras hechas en la parte sustancial del veredicto una vez escrito. Sobre lo raspado se reemplazaron palabras que, por sí solas, resuelven en un sentido o en otro la cuestión principal. Y hay una respuesta totalmente tachada y reemplazada por otra. Si algún acto debe rodearse de especiales garantías de autenticidad es el veredicto del Jurado. Esta es una exigencia que por obvia no está expresamente consignada en la ley.

El caso que va a ser sometido a la resolución de un nuevo Jurado es seguramente uno de los más graves que registran los anales de la criminalidad. Después de nueve días de terrible asecho, un joven de veinte años de edad, apenas convaleciente de las heridas que sus perseguidores le habían causado, fue sacado con engaño de la casa donde sus familiares le ocultaban y atendían a su curación, conduciéndolo a la plaza del cañerío. Allí, frente a la iglesia, en presencia de la madre suplicante, de su novia y de hermanos de corta edad, el joven fue ultimado a machetazos entre las risas de los compañeros del matador, que armados de fusiles le hacían guardia en tales momentos. El asesino ultrajó el cadáver, esgrimió el arma homicida contra la madre de la víctima, causándole lesiones vitales e hirió a otro de sus hijos. La espantable escena se realizó a la luz meridiana, delante de numerosos vecinos, quienes suministraron oportunamente a la justicia la más completa

información de los hechos, señalando como autor de ellos al sujeto que compareció ante el Jurado.

La contradicción del veredicto es el motivo de casación que afecta la sentencia. Esta causal ha sido expresamente prevista en la ley como consecuencia lógica de uno de los principios universales que legitiman la condena: el de la legalidad del juicio. No será, pues, superfluo tener presente en el debate que va a reabrirse en virtud de la declaración de nulidad solicitada por el Procurador, que en ésta no ha influido, ni podía influir ninguna consideración acerca del valor de las pruebas relativas a la responsabilidad del procesado. Dada la índole del recurso de casación, este fallo queda claramente concretado a la cuestión planteada, sin que de la invalidación del procedimiento pueda deducirse ningún argumento en pro o en contra de la situación del acusado ante la ley penal.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, de fecha 10 de junio del año próximo pasado, por la cual se impuso a Timoleón Peña Vargas la pena principal de veinticuatro (24) años de presidio como responsable de asesinato en la persona de Pedro Villamizar y de heridas en Názaria y Julio Villamizar, y en su lugar ordena se convoque, sortee y reúna un nuevo Jurado a cuya consideración se someterán los mismos cuestionarios que se propusieron al reunido ya en esta causa.

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., Srío.



CASO ESPECIAL EN QUE A PESAR DE LA POSIBLE NULIDAD DE LO ACTUADO NO SE INVALIDA LA SENTENCIA CONDENATORIA POR CUANTO ELLO RESULTARIA PERJUDICIAL PARA EL REO.

Aunque el señor Procurador fundó el recurso en la causal 2ª de casación invocando el precedente sentado por la Corte de que "se incurre en nulidad si en la parte resolutive del auto de proceder no se menciona el delito conforme al correspondiente capítulo del Código Penal, o del respectivo título cuando éste no se divida en capítulos", en el caso de autos, si la casación prosperara de acuerdo con la demanda del señor Procurador, eso resultaría más gravoso para el reo, pues declarando la nulidad a partir del auto de enjuiciamiento, la reposición del proceso se llevaría sin duda un tiempo más largo que el que supone la simple gestión para rebaja de pena. Si el recurrente estima que la sola espera del fallo de casación puede perjudicarlo, con mayor razón lo perjudicaría repetirle toda la actuación de la causa. Estas consideraciones hacen innecesario examinar y decidir la cuestión de fondo relativa a la nulidad del procedimiento planteado por el señor Procurador, ya que el recurso debe entenderse interpuesto sólo en lo desfavorable, y no hay motivo para presumir que en este caso concreto un nuevo juzgamiento hubiera de modificar favorablemente la situación del reo quien, se repite, ha manifestado de modo enfático que considera perjudicial para él cualquier dilación.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal.

Bogotá, diecisiete de julio de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Luis María Barrera, condenado por el Tribunal Superior de San Gil a seis años y quince días de presidio como responsable de la muerte de Isaías Sánchez y de heridas en José Gutiérrez, interpuso casación.

El proceso se inició el dos de septiembre de mil novecientos treinta y siete, es decir, estando vigente la anterior legislación penal. El recurrente no presentó demanda de casación ni manifestó siquiera a qué causal o causales se acogía.

Pero el señor Procurador de la Nación ha fundado el recurso en la causal 2ª de casación invocando el precedente sentado por la Corte de que "se incurre en nulidad, dice el señor Procurador, si en la parte resolutive del auto de proceder no se menciona el delito conforme al correspondiente capítulo del Código Penal, o del respectivo Título cuando éste no se divida en capítulos".

Y cita en apoyo un fallo de la Corte fechado el diecinueve de octubre de mil novecientos treinta y nueve y publicado en la Gaceta Judicial números 1957 y 1958.

Pero ocurre que el procesado se ha dirigido telegráficamente a la Corte manifestándole que mediante la rebaja de pena está para cumplirse el tiempo de la condena; y agrega: "Ruégoles fallar casación, demora perjudicariame".

Confrontados los datos del proceso resulta que siendo la pena impuesta de seis años quince días de presidio, si el reo obtiene rebaja de tercera parte como él lo sugiere, el tiempo de aquella sanción es-

taría para cumplirse en septiembre del presente año.

En tales circunstancias, si la casación prosperara de acuerdo con la demanda del señor Procurador eso resultaría más gravoso para el reo, pues declarando la nulidad a partir del auto de enjuiciamiento, la reposición del proceso se llevaría sin duda un tiempo más largo que el que supone la simple gestión para rebaja de pena.

Si el recurrente estima que la sola espera del fallo de casación puede perjudicarlo, con mayor razón lo perjudicaría repetirle toda la actuación de la causa.

Estas consideraciones hacen innecesario examinar y decidir la cuestión de fondo relativa a la nulidad del procedimiento planteado por el señor Procurador, ya que el recurso debe entenderse interpuesto sólo en lo desfavorable, y no hay motivo para presumir que en este caso concreto un nuevo juzgamiento hubiera de modificar favorablemente la situación del

reo quien, se repite, ha manifestado de modo enfático que considera perjudicial para él cualquier dilación.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de casación penal, oído el concepto del señor Procurador 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 invalidar, y **NO INVALIDA** la sentencia del Tribunal Superior de San Gil fechada el quince de mayo de mil novecientos cuarenta, que condenó a Luis María Barrera a seis años y quince días de presidio, como responsable de la muerte de Isaías Sánchez y de heridas a José Gutiérrez.

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.

LA FAVORABILIDAD DE LA LEY PENAL EN MATERIA DE PRESCRIPCION

La prescripción de la acción penal (lo mismo que la prescripción de la pena impuesta en sentencia ejecutoriada), por un hecho cometido en la vigencia del Código de 1890, puede y debe regirse según las reglas del Código de 1936, cuando éste resulta más favorable para el reo que el anterior, en obediencia a los mandatos de los artículos 22 de la Constitución, 44 de la Ley 153 de 1887, 3º de la Ley 95 de 1936 y 5º de la Ley 94 de 1938.

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

(Magistrado ponente: Dr. Campo
Elías Aguirre)

Por cuanto el doctor Anibal A. Córdoba en su carácter de Comisario Especial del Putumayo expidió el Decreto número 1º, de 4 de enero de 1936, solicita el señor Procurador Delegado que al doctor Córdoba se le llame a responder en juicio de tramitación ordinaria, como infractor de alguna de las disposiciones contenidas en el capítulo tercero, título décimo, libro segundo del Código Penal de 1890, que se refiere a extorsiones, estafas y vejámenes cometidos por los empleados públicos.

Es así el Decreto:

“El Comisario Especial del Putumayo, haciendo uso de sus atribuciones legales, y

“CONSIDERANDO:

“Que es un deber del Jefe de la Admi-

nistración Comisarial, procurar que el Tesoro de la Comisaría tenga las mayores entradas posibles, para así poder atender siquiera en parte, las enormes necesidades del territorio, ya que tanto el producto de Rentas, como el auxilio nacional son tan exiguos hasta ahora, que no las satisfacen,

“DECRETA:

“Artículo 1º Créase el impuesto de Anclaje Comisarial, el que pagará cada una de las embarcaciones mayores de una tonelada, que anclen en los puertos de jurisdicción de la Comisaría, a razón de cuatro pesos (\$ 4.00) por cada día que permanezcan ancladas en los puertos.

“Parágrafo. Exceptúanse de este impuesto, las embarcaciones que tengan carácter oficial, o que estén exentas por acuerdos internacionales, lo cual se comprobará con los papeles de despacho que deben presentar los capitanes de las respectivas embarcaciones, a los empleados de hacienda comisarial.

“Artículo 2º Créase el impuesto de muellaje comisarial, el que pagará todo bulto de mercadería que se cargue o descargue por los muelles de la Comisaría en Puerto Ospina y Puerto Asís, sobre el río Putumayo; en Tresesquinas sobre el río Caquetá y en la desembocadura del río Encanto a la Laguna de La Cocha, a razón de diez centavos (\$ 0.10) por cada bulto de cincuenta (50) kilos o fracción de mercadería nacional o extranjera, y a cinco centavos (\$ 0.05) por cada cincuenta kilos (50) de madera y víveres nacionales. Por el embarque o desembarque de cada cabeza de ganado mayor o menor, se pagarán cincuenta centavos (\$ 0.50).

“Parágrafo. Exceptúanse de este impuesto, la carga que tenga carácter nacional, lo cual se comprobará con la correspondiente documentación que los encargados de recibir o despachar la carga presentarán a los empleados de Hacienda Comisarial, o que se hallen exentas por acuerdos internacionales.

“Artículo 3º Como pudiera tratarse de defraudar el impuesto, desembarcando las mercaderías o los ganados por lugares distintos de los muelles, los empleados de Hacienda Comisarial, considerarán para los efectos del cobro del impuesto, como descargados por los muelles comisariales.

“Artículo 4º Monopolízase en el territorio de la Comisaría, la venta de formularios y nóminas de cuentas de cobro, para hacer efectivas las acreencias a cargo del Tesoro Comisarial. Estos formularios sólo podrán venderse en la Administración de Rentas Comisariales, por conducto de sus agentes y por cuenta de la Comisaría, a cinco centavos (\$ 0.05) ejemplar.

“Parágrafo. La Administración de Rentas no podrá hacer pago alguno cuyo documento no esté extendido en los formularios dados a la venta oficialmente, los cuales irán sellados por la Administración.

“Artículo 5º El Administrador de Rentas Comisariales queda ampliamente facultado para reglamentar el recaudo de los impuestos que se crean por este Decreto. Sométase a la aprobación del señor Ministro de Gobierno y hágase conocer profusamente. — Dado en Mocoa, a cuatro de enero de mil novecientos treinta y seis.—El Comisario Especial, (fdo.) Amíbal A. Córdoba.—El Secretario (fdo.) Jesús María Ossa”.

que se trata de un cargo de responsabilidad.

De manera indudable demuestra el señor Procurador Delegado en lo Penal que le faltó al Comisario doctor Córdoba todo poder constitucional y legal para establecer las contribuciones que por el Decreto creó.

Y si fuese el caso de calificar en el fondo la conducta del presunto reo, sería de rigor el examen de muchas circunstancias que presenta el expediente; posteriores a la fecha de aquel acto, lo mismo que el análisis jurídico sobre la dicha carencia de facultades en orden a imponer los gravámenes que originaron la investigación.

Pero está por demás ese estudio, pues la acción penal ya se extinguió.

El Código de 1890, que regía en la época del Decreto número 1º, de 4 de enero de 1936, preceptúa lo siguiente en su art. 497: “El funcionario o empleado público o agente del Gobierno que impusiere por sí alguna contribución fuera de las que están impuestas o autorizadas por la ley, sufrirá de seis meses a dos años de prisión y multa igual al duplo de lo que por tal contribución hubiere cobrado, siempre que no hubiere malversado lo que recaudó. Si lo hubiere malversado, sufrirá las penas indicadas, cambiando la prisión en presidio por uno a cuatro años”.

El hecho de que se acusa al doctor Córdoba, quien no malversó lo recaudado, es violación de la parte primera del artículo transcrito, y con el Código antiguo se realizaría la prescripción a los diez años (artículo 95), lapso no cumplido aún. Pero es menester aplicar la ley posterior favorable en esa materia (artículo 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), y así la acción penal por el delito que se atribuye al doctor Córdoba prescribe en cinco años, conforme al artículo 105 del Código de 1936, tiempo que ya pasó de sobra.

Corresponde a esta Sala de Casación Penal conocer del proceso contra el doctor Córdoba, privativamente, no sólo por el artículo 33 (ordinal 5º) de la Ley 105 de 1931, sino también según el artículo 42 (ordinal 6º) de la Ley 94 de 1938, ya

Frente a dicho Código, el delito que hoy considera la Sala, sea concusión (art. 158, en relación con el 157), o abuso de autoridad (artículo 171), por traer penas no privativas de la libertad, también se extinguiría en el ya transcurrido término de cinco años.

La Corte debe, pues, sobreseer definitivamente en beneficio del doctor Córdoba (ordinal 5º del artículo 33, Ley 104 de 1922).

Hay otro sindicado: el señor Paulo E. Padilla. Este, como administrador de rentas de la Comisaría del Putumayo, cobró algunas de las contribuciones que impuso el Comisario en el Decreto número 1º de 4 de enero de 1936. Si eso implicare responsabilidad lo decidirá el respectivo Juez, porque el señor Padilla no es persona que goce de ningún fuero.

En atención a lo expuesto y oído el parecer del señor Procurador Delegado, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, sobresee definitivamente en favor del Comisario Especial del Putumayo, doctor Aníbal A. Córdoba, por el cargo de responsabilidad a que se refiere esta providencia.

Remítase original el proceso a los Jueces del Circuito Penal de Pasto para lo que toca con el hecho que se imputa al señor Paulo E. Padilla.

Notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Campo Elías Aguirre — José Antonio Montalvo — Absalón Fernández de Soto. Julio E. Argüello R., Srio.

FUNDAMENTO DE LA NULIDAD PROCESAL ORIGINADA EN EQUIVOCACION RELATIVA A LA EPOCA Y LUGAR EN QUE SE COMETIO EL DELITO Y AL NOMBRE O APELLIDO DEL RESPONSABLE O DEL OFENDIDO. — EL NUEVO CODIGO PENAL ABROGA EL ARTICULO 3º DE LA LEY 54 DE 1913 (PENAS FIJAS DE VEINTE AÑOS DE PRESIDIO NO SUJETA A REBAJAS); Y ASI HOY LOS REOS PUEDEN APROVECHARSE DEL BENEFICIO DE LIBERTAD CONDICIONAL CUALQUIERA QUE SEA LA CUANTIA DE LA PENA, AUN LA APLICADA SEGUN EL VIEJO CODIGO.

1.—Si se indaga por el fundamento mismo de la nulidad procesal originada en equivocación relativa a la época y lugar en que se cometió el delito o al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido, es necesario reconocer que el legislador estableció esos motivos de nulidad no con el necio propósito de crear recursos o asideros para hacer posible la repetición de los procesos, sino buscando las finalidades de identificar el delito y de evitar la injusta condenación de un inocente a quien las autoridades hayan podido confundir con el verdadero responsable a causa de una simple similitud de nombres o apellidos. La causal de nulidad relativa a equivocación en el nombre o apellido del procesado sólo es aplicable en la hipótesis de que una fatal homonimia haya puesto en manos de la justicia a persona inocente pero que lleva el nombre del que sí delinquiró. Si lo que se persigue con las alegaciones sobre identidad del nombre es impugnar no ésta sino la identidad del matador, o sea, demostrar que no hay pruebas para condenar al sindicado, la cuestión es diferente, relativa más bien a injusticia del veredicto y materia de una causal distinta de las invocadas.— 2.—El Tribunal sentenciador efectuó el cotejo entre la ley penal coetánea al delito y la que ahora rige, y consideró que la antigua le es más favorable, pues de aplicar el nuevo Código habría tenido que imponer al reo pena superior a los veinte

años de presidio que le aplicó. El Tribunal sentenciador tenía facultad para afirmar la existencia de las circunstancias de que habla en su fallo en cuanto son elementos de hecho. Y puesto que ellas figuran entre las que el Código enumera como de mayor peligrosidad, la sentencia no es violatoria de la ley penal por haberlas tomado en cuenta, como tampoco por el cálculo comparativo de penalidad que basó en esas mismas circunstancias. Y así la Sala debe desechar también la causal 1ª. Sin duda tuvo en cuenta el Tribunal sentenciador al hacer la comparación de penalidad de los dos códigos y optar por el antiguo como más favorable al reo, que no puede ya considerarse absolutamente fija, sin lugar "a rebajas de ninguna especie en ningún tiempo", la pena de veinte años que sustituya a la de muerte del Código de 1890, pues la reforma penal, que reglamenta íntegramente la materia, ha venido a abrogar el artículo 3º de la ley 54 de 1913 y a reemplazar las rebajas de pena por la libertad condicional, institución ésta última de la cual pueden aprovecharse los reos cualquiera que sea la cuantía de su pena.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Las causales de casación 1ª, 2ª y 6ª de la Ley 118 de 1931 son las invocadas por Luis Ramón Gómez contra la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona que le impuso veinte años de presidio como responsable de la muerte de Marcos Antolínez.

El señor Procurador Delegado en lo Penal analiza en primer término la causal 2ª, alude luego a la 6ª y se refiere, por último, a la 1ª, por considerar que ese es el orden lógico en que deben estudiarse, atendiendo seguramente a que si el recurso prosperara por la causal 2ª —nulidad—sobraría el examen de las otras dos.

La Corte también examinará las causales en el orden de prelación que les corresponde y que es el seguido por la Procuraduría.

CAUSAL 2ª. Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley.

Los motivos en que el procesado ha pretendido fundar esta causal son dos:

a) Hubo error en cuanto al sitio del delito, puesto que ocurrió en el lugar llamado Palmarito, y el auto de proceder y el cuestionario dicen que “a inmediaciones del punto denominado Las Brisas”. Sobre este particular el señor Procurador se expresa así:

“De acuerdo con la prueba recogida y especialmente con el croquis del lugar de los sucesos, aparece que el hecho ocurrió en una ‘maicera’ cercana a los sitios ‘Palmarito’ y ‘Brisas del Zulia’.

“De suerte que al hablar el auto de proceder del punto de ‘Las Brisas’, único que existe por esos contornos, como el lugar en cuyas inmediaciones se cometió el delito, no está faltando a la verdad ni cayendo en error acerca de un elemento circunstancial del suceso. Aquel auto y el cuestionario hacen referencia a ‘las proximidades’ o a las ‘inmediaciones’ del lugar de ‘Las Brisas’, y eso es la verdad. Han podido citar también esas piezas el sitio de ‘Palmarito’, igualmente inmediato a la ‘maicera’, y eso no introducía ninguna

confusión sobre el punto donde se realizó el delito.

“No es, pues, aceptable el cargo”.

b) Hubo error en cuanto al nombre y apellido de la persona responsable.

Alega el procesado que él es Luis Ramón y no Ramón simplemente; que el moribundo Antolínez dijo que quien lo había herido era Ramón Gómez, pero no habló de Luis Ramón Gómez; y que, por consiguiente, ha habido en este proceso un error en el nombre del sindicado.

Por otra parte, después de que el Jurado declaró responsable a Luis Ramón Gómez y antes de que el juez dictara la sentencia, el defensor presentó una libreta de servicio militar correspondiente al nombre de Ramón Parada y, alegando ser éste el apellido verdadero del reo, pidió la anulación del juicio por error en cuanto al apellido del procesado. (Folios 116 del cuaderno 2º).

Esta última alegación no se ha repetido al sostener el recurso ante la Corte, pero vale la pena tener en cuenta el episodio, que no deja de ser sugestivo.

El señor Procurador contesta las objeciones acerca del nombre haciendo ver que en el curso del proceso tanto los declarantes como el mismo defensor llaman al reo indistintamente Ramón o Luis Ramón Gómez.

Significativo resulta que el alcalde a quien tocó escuchar el relato hecho por el moribundo diga, al repetir o reconstruir ese relato:

“...el herido, cuando yo llegué, les estaba contando a varias personas que el señor Ramón Gómez era quien lo había herido...” Y en otro pasaje se expresa así: “Marcos Antolínez dijo no solamente a mí sino a muchas personas que allí se encontraban, que el que le había hecho los disparos por la espalda había sido Luis Ramón Gómez, pero cuando a él se le precisó ya en diligencia y bajo juramento, como he explicado antes, quién había sido su heridor, entonces ya fue cuando dijo que el heridor se le había pa-

recido a Ramón Gómez". (Folio 57 del cuaderno 1°).

Ese alcalde que así habla fue considerado parcial en favor del reo hasta el punto de que en el auto de proceder contra Gómez por el homicidio se llamó también a juicio a dicho alcalde, Hipólito Ibarra, por falsedad, pues se le sindicó de haber tratado de adulterar la declaración del herido Antolínez para poner en boca de éste, en tono dubitativo, la aseveración hecha por él contra Gómez.

En todo caso, la declaración del alcalde a quien el juez y el Tribunal tuvieron por algo más que sospechoso en favor del reo hace ver que el moribundo se refería a su heridor, indistintamente, con el nombre de Ramón o con el de Luis Ramón; circunstancia de explicación obvia, por ocurrir frecuentemente con las personas que tienen más de un nombre, que suele llamárselas por uno de los dos o por el nombre completo.

Por ninguna parte aparece otro Ramón o Luis Ramón Gómez con quien se hubiese podido hacer confusión de personas o de nombres; el alcalde Ibarra, sospechoso de parcialidad en favor del procesado, redujo a prisión a éste, sin que le hubiera inquietado la menor duda sobre la identidad de Ramón o Luis Ramón Gómez a quien el moribundo sindicó, y Luis Ramón Gómez a quien se ponía preso.

Lo dicho, respaldado por las citas del expediente que hace el señor Procurador, basta para mostrar cómo no se ha incurrido en este proceso en error sobre el nombre o apellido del sindicado.

Las alegaciones enderezadas a sostener que hubo error en el nombre o apellido del reo pierden también mucho de su posible fuerza con el hecho de que se haya pretendido asimismo hacer anular la causa con el pretexto, fútil en este caso, de que el nombre del lugar del crimen está igualmente equivocado; y los pasajes transcritos de la vista del Procurador, alusivos a ese particular hacen ver con absoluta claridad que no hay tal error.

Aun suponiendo equivocado el nombre

del lugar —que no lo es— con meridiana claridad resulta que allí, llámase Palmarrito o Las Brisas, en aquel sitio, fue donde se le dio muerte, sorpresiva y traicionera, a Marcos Antolínez.

Entonces, ¿a qué provocar una duda enteramente artificial e infundada sino sólo para obtener la repetición de un proceso en que el sindicado tuvo todas las garantías de defensa, repetición que es un albur para él pero que expondría seriamente los intereses de la justicia social?

Si se indaga por el fundamento mismo de la nulidad procesal originada en equivocación relativa a la época y lugar en que se cometió el delito o al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido, es necesario reconocer que el legislador estableció esos motivos de nulidad no con el necio propósito de crear recursos o asideros para hacer posible la repetición de los procesos, sino buscando las finalidades de identificar el delito y de evitar la injusta condenación de un inocente a quien las autoridades hayan podido confundir con el verdadero responsable a causa de una simple similitud de nombres o apellidos.

Los criminales más avezados suelen ser los que se mudan el nombre; y aun llegan a usar indistintamente cinco o seis nombres y apellidos. Sería absurdo atribuir a la ley la idea de amparar esa treta de los delincuentes brindándoles la manera de hacer anular sus procesos en la esperanza de conseguir la impunidad.

La causal de nulidad relativa a equivocación en el nombre o apellido del procesado sólo es aplicable en la hipótesis de que una fatal homonimia haya puesto en manos de la justicia a persona inocente pero que lleva el nombre del que sí delinquirió.

Las precedentes reflexiones no implican censura de la Corte al defensor que con tanto ahinco busca remedio a la condenación de su cliente. Por el contrario: debe reconocerse que el señor abogado ha hecho un esfuerzo máximo en favor del

reo para obtener la nulidad del proceso y la consiguiente repetición del jurado.

Ese mismo esfuerzo tranquiliza el ánimo del juzgador en cuanto a la justicia del veredicto, pues demuestra que el sindicado tuvo no sólo teóricamente las garantías de defensa, sino que fue amparado en debida forma: y si el señor defensor tanto ha laborado en pos de la nulidad, ¿qué recursos y argumentaciones no desplegaría ante el Jurado para impugnar el fondo mismo de los cargos formulados contra el reo?

Por último: al recibírsele indagatoria al sindicado manifestó llamarse Luis Ramón Gómez; con esos nombres y apellido se profirió el auto de proceder, se formularon los cuestionarios al Jurado y se dictó la sentencia condenatoria.

¿Cómo podría así admitirse que hay error en el nombre y apellido del reo cuando la justicia se ha atenido a la declaración del mismo sobre ese punto y puesto que no aparece desvirtuada en forma alguna tal declaración?

Ahora: si lo que se persigue con las alegaciones sobre identidad del nombre es impugnar no ésta sino la identidad del matador, o sea, demostrar que no hay pruebas para condenar al sindicado, la cuestión es diferente, relativa más bien a injusticia del veredicto y materia de una causal distinta de las invocadas. Por tanto ese punto no es objeto del estudio en el presente recurso.

La Corte está en presencia del veredicto condenatorio de un Jurado, veredicto que tiene fundamento en las pruebas del sumario y que debe respetar.

No prospera, pues, el recurso por la causal 2ª.

CAUSAL 6ª. Veredicto evidentemente contradictorio.

A folios 115 y 115 vto. del cuaderno 2º están las cuestiones propuestas a los jueces de hecho; y al pie de cada una de ellas aparece estampada la palabra SÍ, con la firma de todos los cinco miembros del Jurado, sin salvamento de voto y sin explicación o adición alguna.

¿Cómo hablar de veredicto contradicto-

rio, cuando él consta de una sola palabra que expresa la más simple y rotunda afirmación?

Por eso dice, con toda razón, el señor Procurador:

“La funda (esta causal) en que el acusado no es responsable del homicidio, ni fue el autor de tal hecho.

“Esta alegación sería propia de la causal 5ª sobre injusticia notoria del veredicto, y no de la sexta. Los veredictos son simplemente afirmativos sobre la responsabilidad de Gómez como autor de un homicidio premeditado con circunstancias específicas o modificadoras de asesinato. En eso, pues, no puede haber contradicción alguna.

“La causal sexta es impertinente”.

CAUSAL 1ª. Indebida aplicación de la ley penal.

Parece que el recurrente quiere fundar esta causal en que se le impuso la pena de asesinato por la circunstancia de la premeditación, conforme al Código antiguo; que según el nuevo Código para que la premeditación sea constitutiva de asesinato se requiere que vaya acompañada de motivos innobles o bajos, y que en el presente caso no hay esa concurrencia de factores, ni el Jurado hizo declaración alguna relativa a los motivos determinantes.

El señor Procurador replica que este proceso se adelantó y falló de acuerdo con la legislación penal anterior, que no aparece demostrado un móvil inmediato al delito, debido a lo cual se le cargó la premeditación; y agrega: “la misma ausencia de motivos que indujeron al homicidio, no permite asegurar que el acusado procediera por razones nobles o altruistas”.

La Corte observa: el Tribunal sentenciador efectuó el cotejo entre la ley penal coetánea al delito y la que ahora rige, y consideró que la antigua le es más favorable, pues de aplicar el nuevo Código habría tenido que imponer al reo pena superior a los veinte años de presidio que le aplicó.

A folio 61 del cuaderno 4º pueden ver-

se los apartes de la sentencia recurrida en que el Tribunal plantea la cuestión. Allí se dice que la carencia de móviles para la ejecución del delito, las anteriores condenaciones de policía, "otros antecedentes por heridas", "y el propio modo de la perpetración del delito, hacen que el mínimo de dicha pena no se le pueda aplicar, y que al graduar la delincuencia conforme a la nueva legislación penal, le corresponda una sanción mayor de veinte años".

El Tribunal sentenciador tenía facultad para airmar la existencia de estas circunstancias en cuanto son elementos de hecho. Y puesto que ellas figuran entre las que el Código enumera como de mayor peligrosidad, la sentencia no es violatoria de la ley penal, por haberlos tomado en cuenta, como tampoco por el cálculo comparativo de penalidad que basó en esas mismas circunstancias.

Y así la Sala debe desechar también la causal primera.

Sin duda tuvo en cuenta el Tribunal sentenciador al hacer la comparación de penalidad de los dos códigos y optar por el antiguo como más favorable al reo, que no puede ya considerarse absolutamente fija, sin lugar "a rebajas de ninguna especie en ningún tiempo", la pena de veinte

años que sustituya a la de muerte del Código de 1890, pues la reforma penal, que reglamenta íntegramente la materia, ha venido a abrogar el artículo 3º de la Ley 54 de 1913 y a reemplazar las rebajas de pena por la libertad condicional, institución esta última de la cual pueden aprovecharse los reos, cualquiera que sea la cuantía de su pena.

Con fundamento en 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, declara que no es el caso de invalidar — y NO INVALIDA — la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona fechada el treinta de abril de mil novecientos cuarenta, que impuso a Luis Ramón Gómez la pena principal de veinte años de presidio por asesinato en la persona de Marcos Antolínez.

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.



REPOSICION PEDIDA POR EL SEÑOR PROCURADOR DELEGADO EN LO PENAL,
RESPECTO DEL ANTERIOR AUTO DE 4 DE AGOSTO DE 1941

FIJA LA CORTE EL ALCANCE DEL ARTICULO 41 DE LA LEY 153 DE 1887

1º No comprende el artículo 41 de la Ley 153 de 1887 sino un aspecto de la prescripción en materia civil, como es fácil y lógico deducirlo así del texto y espíritu de ese mandato legal y de los diáfanos comentarios que sobre el particular escribió el doctor Manuel J. Angarita, quien, en su calidad de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, tomó parte activa en la formación del proyecto de la Ley 153 y en la discusión ante el Consejo Nacional Legislativo.

2º Y tal aspecto se reduce a las expectativas del derecho de prescribir en lo civil, norma que no es posible adaptar al ramo penal por obvias razones, y

3º En el artículo 22 de la Constitución se consagra la regla general de irretroactividad o necesaria preexistencia de las leyes del juzgamiento, con una excepción que es la preferencial aplicación de la permisiva o favorable en materia criminal, ante la anterior más gravosa, excepción absoluta y que se debe acatar y cumplir sin reservas, porque sería un absurdo sostener que el principio del inciso 2º de dicho artículo 22 de la Constitución pueda estar sujeto a condiciones de orden legal.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, diez y ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Campo Elías Aguirre).

El auto de cuatro de agosto en curso se le notificó el seis al señor Procurador Delegado en lo Penal, quien presentó su escrito de reposición el ocho, a las cuatro p. m., habiendo sido inhábil el siete.

Se hizo valer, pues, tal recurso, pasadas muy pocas horas del primer día del término de tres que la ley señala.

Y es de sospechar, así, que semejante premura quizá no le hubiera dejado al diligente y laborioso autor del concepto de folios 109 a 113 el tiempo necesario para una completa meditación.

Es preciso copiar todo lo que el señor Procurador alega:

“En la providencia anterior, la Honorable Corte sobresee definitivamente en favor del doctor Aníbal A. Córdoba por cargos de responsabilidad en su carácter de Comisario especial del Putumayo.

“De la manera más atenta y respetuosa, la Procuraduría se permite interponer recurso de reposición contra ese auto.

“Base primordial del sobreseimiento es la consideración que hace la Honorable Corte, de hallarse prescrita la acción penal conforme al nuevo estatuto contenido en la Ley 95 de 1936, que debe aplicarse de preferencia por ser más favorable al procesado.

“Ante todo, anota este despacho que cuando rindió su vista el cuatro de septiembre de 1940, no habían transcurrido los cinco años a que alude la Corte en su auto.

“Se contempla en el presente negocio una prescripción empezada a correr bajo el imperio de una legislación distinta a la vigente.

“Este caso especialísimo lo prevé claramente el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, que dice:

“La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir”.

“Tal disposición, dada su generalidad, comprende toda clase de prescripción, ya en materia civil o ya en el ramo penal, lo que no admite duda, porque esa institución es siempre de orden social y de conveniencia pública en cualquier campo que se le considere. De ahí que el artículo 41 de la citada Ley 153 deba considerarse como de orden público y de imperioso cumplimiento al resolver los problemas transitorios que plantee una prescripción iniciada bajo la vigencia de una legislación y consumada durante el imperio de otra distinta, ya se trate del derecho civil o del derecho penal.

“De suerte que cuando se va a aplicar el artículo 22 de la Constitución Nacional sobre efecto retroactivo de la ley penal en materia de prescripción, es ineludible condicionar los términos señalados por el nuevo estatuto penal para la extinción de la acción o de la pena al mandato del artículo 41 de la Ley 153 de 1887, y una vez hecho esto, entonces sí comparar los dos códigos para deducir de ese modo la favorabilidad o no favorabilidad de la nueva ley penal.

“Esta conclusión resulta respaldada por el doctor Tulio Enrique Tascón, quien en su obra denominada “Derecho Constitucional Colombiano”, dice lo siguiente al comentar el artículo 22 de la Carta:

“Lógico desarrollo del artículo 22 de la Codificación son los artículos 40 a 47 de la Ley 153 de 1887”.

“No es posible sostener, por tanto, que el artículo 41 de la Ley 153 de 1887 sólo se refiere a materias civiles. Esta dis-

posición, se repite, consagra una norma especial para la prescripción en general, y es por demás sabido el aforismo de derecho que donde el legislador no distingue, tampoco le es dado distinguir al intérprete, tanto más si dicha Ley 153 trató asuntos criminales y en especial la retroactividad de la ley penal.

“Así se tiene que ese artículo abarca tanto la prescripción en lo civil como en lo penal, sin que valga objetar que la expresión allí empleada “a voluntad del prescribiente”, viene a poner en claro que el legislador sólo quiso regular la prescripción civil, porque la misma opción en favor del interesado también se encuentra en otras disposiciones de carácter penal, tales como en los artículos 45 (inciso cuarto) de la muy citada Ley 153 de 1887 y 112 del Código Penal.

“La Procuraduría no desconoce, pues, que el nuevo Código pueda aplicarse retroactivamente tratándose de prescripción; lo que ella sostiene es que esa aplicación sólo tendrá lugar cuando, observándose lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, se vea claramente que los términos del nuevo estatuto referentes a la extinción de la acción o de la pena son más favorables al procesado que los fijados por el anterior de 1890.

“Así, en el presente caso, conforme al viejo código, la prescripción se consuma en diez años que, contados a partir del 4 de enero de 1936 (fecha del decreto del Comisario), se cumplirá el 4 de enero de 1946. Al tenor del nuevo Código y de la Ley 153 de 1887, la prescripción de la acción penal se realiza en cinco años que, computados desde la fecha de la vigencia del Código (primero de julio de 1938), se agotarán el 1º de julio de 1943). Lo que indica que el nuevo Código sí le es más favorable al doctor Córdoba, pero no en la actualidad sino el 1º de julio de 1943, en que se cumplen los cinco años para la extinción de la acción.

“Resumiendo, se tiene: 1º Que el artículo 41 de la Ley 153 de 1887 fija una norma especial para toda clase de pres-

cripción, civil o penal; 2º Que ese artículo, por referirse a una institución de orden público, es de imperioso cumplimiento; 3º Que la misma disposición hay que relacionarla con el artículo 22 de la Carta para deducir la favorabilidad o no favorabilidad del nuevo Código Penal en asuntos de prescripción; y 4º Que de esa aplicación de los artículos 22 de la Constitución y 41 de la Ley 153 de 1887 resulta que la acción penal aún no se ha extinguido en el presente caso frente a las exigencias del nuevo Código.

“En tales condiciones, el auto de sobreseimiento no es procedente.

“Por lo expuesto, la Procuraduría pide atentamente a la Honorable Corte que revoque el auto de sobreseimiento que antecede, de fecha cuatro de los corrientes, y proceda a estudiar en el fondo los cargos que le apareja la investigación al doctor Aníbal A. Córdoba, como Comisario Especial del Putumayo”.

Estudiados con detenida atención los argumentos de la Procuraduría, reflexivamente la Corte contesta:

I. El artículo 41 de la Ley 153 de 1887 no comprendé sino la prescripción en materias civiles.

Nadie puede ignorar que muchos de los preceptos de la Ley 153 de 1887, son el calco de una ley chilena sobre tales asuntos.

Y sucede que en abril de 1888 el doctor Manuel J. Angarita expresó:

“Habiendo tenido nosotros alguna intervención en la preparación de los proyectos de las leyes 57 y 153, varias veces citadas, y habiendo tomado parte en los debates de ambas; estábamos en posesión de datos útiles para hacer aclaraciones muy importantes. Esto nos determinó a escribir los comentarios de aquellas leyes, los cuales no están destinados a las personas doctas sino a las que no han hecho estudios detenidos de la ciencia de la jurisprudencia”.

Pues bien, el doctor Angarita, apto como pocos para fijar el espíritu de las Leyes 57 y 153 de 1887, ya que, siendo Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, concurre a proyectarlas y discutir las en el Consejo Nacional Legislativo, con las propias palabras del mensaje que el Presidente de la República de Chile dirigió al congreso de su país explica el sentido y el radio de acción del artículo 41 de la Ley 153, de esta manera:

“Por último, en materia de prescripción el proyecto adopta un partido que si bien no se conforma rigurosamente a los principios teóricos que imperan sobre este punto, es, con todo, el que mejor armoniza las expectativas de los actuales prescribientes con los derechos de aquellos contra quienes se prescribe. Es indudable que una prescripción no consumada no alcanza a conferir un derecho adquirido al prescribiente. La nueva ley podría, pues, cortar el curso de sus esperanzas, prolongando o disminuyendo el plazo que la anterior exigía, o aun declarando imprescriptibles las cosas sobre que versaba la prescripción. Pero de la estricta aplicación de este principio podrían resultar inconvenientes graves. Bien podría suceder que por consideraciones personales u otros motivos ajenos a la renuncia presunta del derecho que se prescribe, el titular de este derecho hubiese dejado de ejercerlo, contando para ello con el plazo que la ley le señalaba. Si antes de la expiración de este plazo una nueva ley le viniese a redimir el tiempo de la prescripción, su derecho quedaría súbitamente extinguido y castigada la generosidad o indulgencia de que hubiese usado para con el prescribiente. Este inconveniente queda del todo removido con el temperamento que adopta el proyecto, el cual no carece de precedentes en la legislación de otros países que también lo han adoptado con excelentes resultados. Dándose al prescribiente la facultad de elegir entre el término señalado por la antigua ley y el que prefija la nueva, él verá por cuál de ellas más le convenga decidirse. Si prefiere la

antigua ley, ninguna innovación se produciría en su condición ni en la de los derechos de la persona contra la cual está prescribiendo. Si, por el contrario, elige la nueva, ningún ataque se inferirá a los derechos de este último, desde que todos los requisitos constitutivos de la prescripción deben realizarse después de que dicha ley haya sido promulgada”.

II. Ese autorizado comentario despeja cualesquiera vacilaciones, y por los vocablos que usa y las diáfanas ideas que va desarrollando, el entendimiento llega sin esfuerzo alguno a la certidumbre fácil e incontrastable, porque es lo evidente, de que en el artículo 41 de la ley 153 de 1887 no se quiso consignar cosa diversa de un aspecto de la prescripción en lo civil.

III. Exclusivamente se refieren a la materia penal, en la Ley 153 de 1887, los artículos 43, 44, 45, 46 y 47. Los otros anteriores a éstos, menos el 40 y los que indican reglas generales de interpretación legal que son promiscuos o comunes a toda división del derecho positivo, sólo tocan con el ramo civil. Y bastaría, para el apoyo de la verdad que la Sala defiende, ver cómo la Ley 153 de 1887 separó en sus artículos 43 a 47 los problemas de la irretroactividad y retroactividad de las leyes penales, advirtiendo, sí, la Corte, que lo estatuido por el artículo 45 “no se circunscribe a las cuatro hipótesis enumeradas, pues en el propio campo de la ley penal sustantiva, a que quiere contraerla, se presentan modificaciones que no fueron previstas al redactar dicho artículo y que sin embargo se rigen de acuerdo con el principio de aplicación de la ley permisiva o favorable”. (Sentencia de 13 de mayo de 1941, de la Corte Plena).

IV. No más que de las expectativas del derecho de prescribir en lo civil trata el artículo 41 de la Ley 153 de 1887. Y algo inconcebible, un absurdo, una imposibilidad manifiesta para obrar, resultan si se liga también ese principio con la prescripción en el ramo penal: el reo X tiene

la expectativa de que bajo el imperio de una ley prescribirá la acción o la condena penales, y ya iniciado el lapso ocurre que, sin completarse el tiempo, se promulga otra ley que modifica la prescripción. Entonces hay que llamar a X para que diga cuál ley escoge? No es una aberración que a lo racional repugna pensar siquiera que eso sea hacedero, por multitud de obvios motivos? Ni la más avanzada amplitud interpretativa podría conciliar la teoría del señor Procurador Delegado con la realidad penal.

V. Y sin contar con que la opción del reo es cuando la ley nueva reduce el máximo de la pena y aumenta el mínimo (inciso cuarto del artículo 45, Ley 153 de 1887), o si fue re cambiada la pena (inciso segundo del artículo 12 del Código de 1890), o para el hace muchos años inactuante caso del artículo 6º de la Ley 34 de 1896, o si el sindicado o el condenado renuncian a la prescripción (artículo 112 del Código de 1936). Y no más. Y a propósito del cambio de pena (artículo 12 citado) un ilustre comentador del Código de 1890 había dicho:

“Juzgamos inútil o inconveniente esta disposición; porque si el cambio que hace la ley posterior es favorable al reo, debe dársele aplicación preferente a la nueva ley, según el principio que inmediatamente acaba de enunciar el legislador, y de no serlo, tampoco conviene dejar a voluntad del reo la elección de la pena, por razones obvias”.

VI. El artículo 99 del Código Penal de 190 prevenía:

“El cómputo del tiempo en las prescripciones se hará siempre con arreglo a las disposiciones del presente código, salvo en las que estén ya consumadas”.

Reformado ese artículo por el 7º de la Ley 34 de 1896, se le reemplazó con el 6º de la misma, que es de este tenor:

“El cómputo del tiempo en las prescripciones se hará siempre con arreglo a lo dispuesto en el código penal vigente; pero las que se hubieren iniciado bajo el imperio de una ley anterior, podrán, a vo-

luntad del prescribiente, regirse por ésta”.

Ya está muy lejana la época en que pudo tener efecto el artículo 6º de la Ley 34 de 1896, por haberse iniciado una prescripción al amparo de la ley anterior al código de 1890. Más lo que la Sala desea significar es que ese artículo difería sustancialmente de la última parte del 41 de la Ley 153 de 1887, destinada a reglamentar, se repite, un aspecto o contingencia de la prescripción en el ramo civil.

VII. La prescripción en el derecho penal debe decretarse de oficio. Y en lo civil ordena el artículo 2,513 del código correspondiente: “El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el Juez no puede declararla de oficio”.

VIII. Dispone el artículo 22 de la Constitución Nacional:

“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

“En materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

Se consagra, pues, en el artículo copiado, como regla general, la irretroactividad o la necesaria preexistencia de las leyes del juzgamiento, con una excepción: la preferencial aplicación de la permisiva o favorable posterior, en materia criminal, frente a la anterior que limita o coarta o perjudica más.

Y esa excepción es absoluta. Se debe observar y cumplir sin ninguna reserva, porque es terminante el mandato. Y de allí que sea enteramente desacertada la creencia de que el principio del inciso 2º del artículo 22 de la Constitución esté sujeto a la condición de una norma legal.

IX. Pero aún admitiendo que el artículo 41 de la Ley 153 de 1887 abarque tanto la prescripción civil como la penal, incontrovertible resulta que su parte última es inaplicable en lo penal, porque si lo fuese querría decir que es violatorio del

artículo 22 de la Constitución.

Si la ley nueva que disminuye la sanción o quita el carácter de delito al hecho que antes lo tenía debe ineludiblemente aplicarse por ser favorable al reo, cómo podría dejar de aplicarse a un hecho antiguo la ley nueva que disminuye el término de la prescripción, siendo así que esta disminución se hace por las mismas razones de justicia que motivan la disminución o supresión de la pena?

La tesis de que el lapso para la prescripción disminuido por una ley nueva sólo corre a partir de la vigencia de ésta, conduce a que la nueva ley no vendría a aplicarse, en la generalidad de los casos, sino respecto de hechos o de procesos nuevos, con lo cual se establecería una excepción al principio de la retroactividad de la ley penal favorable; y

X. Anota el señor Procurador Delegado “que cuando rindió su vista de 4 de septiembre de 1940, no habían transcurrido los cinco años a que alude la Corte en su auto”.

Ello es cierto. Pero si la Sala, en el mismo mes de septiembre de 1940, hubiese enjuiciado al doctor Aníbal Córdoba, como lo pidió el señor Procurador, antes del 19 de diciembre de tal año habría sido imposible la terminación de la causa con la sentencia definitiva, y de todas maneras el 4 de enero de 1941 habría cesado el derecho del Estado a imponer pena, pues no debe olvidarse que en la antigua legislación el auto de proceder no interrumpía la prescripción.

De consiguiente, la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO ACCEDE a la reposición que solicitó el señor Procurador Delegado en lo Penal.

Notifíquese, cópiese y publíquese en la Gaceta Judicial.

Campo Elías Aguirre — Absalón Fernández de Soto—José Antonio Montalvo. Julio E. Argüello R., Srio.

¿LA ACUMULACION DE UNA SOLA FORMULA DE LAS CUESTIONES SOMETIDAS
AL JURADO PRODUCE NULIDAD EN EL JUICIO?

Dentro del terreno de los principios y consultando las indicaciones de la realidad no se puede sostener como tesis o doctrina general que la presentación de los interrogatorios al Jurado, apartándose de la regla de separación de las cuestiones, lleva necesariamente confusión, al veredicto, haciéndolo ineficaz y nulo.

Si se tratare de la acumulación en una sola fórmula de cargos de distinta naturaleza o de la reunión de circunstancias determinantes de la responsabilidad con las que la excluyen o atenúan, podría observarse que la complejidad de la pregunta y la exigencia legal de dar una respuesta simple impidió al Jurado resolver adecuadamente las diferentes cuestiones, y que por tanto el veredicto no suministra criterio seguro para definir inequívocamente la situación del reo ante la ley penal. En esta hipótesis podría plantearse el problema de la validez del juicio con apoyo en el precepto constitucional ya citado (artículo 22 de la C. N.).

Pero cuando se imputan al reo hechos de igual naturaleza, por ejemplo, varios homicidios, cometidos al tiempo, en un mismo lugar, con idénticas modalidades de ejecución y bajo un móvil común, si el Juez interroga al Jurado sobre la responsabilidad del acusado en tales hechos, expresándolos en una sola pregunta, la respuesta simplemente afirmativa o negativa no puede razonablemente suscitar incertidumbre acerca del contenido intrínseco del veredicto. Entonces se habrá faltado a una formalidad externa; pero se carecería, no ya de disposición legal que autorice la nulidad del acto,

sino también de base doctrinaria para declararla.

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

(Magistrado ponente: Dr. Absalón
Fernández de Soto)

El Juzgado 1º Superior de Pamplona, en sentencia de 11 de marzo de 1939, condenó a Marco Antonio Rincón y Praxedis Jiménez, a cada uno a la pena principal de veinticinco años de presidio como responsables en concurso recíproco de séxtuplo asesinato y robo, dando aplicación al código penal de 1890, por considerarlo menos severo que el de 1936.

Tanto los acusados como su defensor apelaron de dicho fallo. El Tribunal de Pamplona lo confirmó en lo principal, modificándolo únicamente respecto de algunas sanciones accesorias.

Contra esta segunda decisión interpusieron los reos recurso de casación.

El Procurador Delegado en lo Penal estima que no son fundados los motivos de casación invocados por los recurrentes. Al respecto dice:

“En desordenados y confusos escritos alegan: que la causa es nula porque hubo equivocación en cuanto al nombre de las víctimas, y porque no se les practicaron unas pruebas pedidas oportunamente; y que el veredicto está afectado de injusticia, por no existir prueba de su responsabilidad.

“Se responde:

“Tanto en la parte motiva como en la resolutive del auto de proceder, se dijo

con toda precisión que los ofendidos fueron: Román Pineda, Martina Rincón, José del Carmen Pineda, Alvaro Pineda, Margarita Pineda y Cristina Alba.

“Estas personas aparecen identificadas como tales en la partida de defunción (fs. 12 del cuaderno primero) y en los testimonios de Nemesia Villamizar (fs. 24), Ana Rosa Villamizar (fs. 26) y Luis Pineda (fs. 33).

“De suerte que no hay la menor duda sobre la identidad de las víctimas.

“Ocurre, sí, que en los cuestionarios hubo un error al decir ‘Ramón Pineda’ en vez de ‘Román Pineda’, y al omitir el nombre de ‘Alvaro Pineda’ como una de las víctimas de que debía responder el acusado Praxedis Jiménez.

“Pero estas irregularidades fueron subsanadas por el señor Juez, sometiendo de nuevo al Jurado otras cuestiones.

“En cuanto a las pruebas, es cierto que el acusado Marco Antonio Rincón solicitó la recepción de varios testimonios.

“El señor Juez ordenó practicar las pruebas y, al efecto, se libró el exhorto comisario del caso. Mas ocurre que sólo lograron recibirse dos declaraciones, porque los otros testigos no fue posible que comparecieran a declarar (fs. 6 del cuaderno de pruebas).

“Por tanto, el que no se practicaran todas las pruebas, fue un hecho ajeno a la voluntad del Juez de la causa, quien sí estuvo listo a poner en ejecución la solicitud del acusado.

“No se ha menoscabado, pues, por parte del Poder Público el derecho de defensa.

“Y en lo relativo a la injusticia de los veredictos, los recurrentes no han ensayado ninguna demostración al respecto, pues los cargos contra ellos están en pie”.

La Corte acoge las razones expuestas hasta aquí por el señor Procurador. De acuerdo con ellas, la conclusión sería declarar desierto el recurso. Pero el mismo funcionario presenta otro aspecto del asunto, que requiere atento estudio. Considera que la sentencia es vulnerable por

causal distinta de las invocadas en la demanda y amplía ésta en los siguientes términos:

“Segunda causal. ‘Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley’.

“Como se dijo antes, los acusados fueron enjuiciados por robo y por séxtuplo delito de homicidio.

‘Y al Jurado se le sometieron estas cuestiones:

“1ª El acusado Marco Antonio Rincón, es responsable —sí o nó— de haber dado muerte voluntariamente, en concurso recíproco con otra persona a Román Pineda, Martina Rincón, José del Carmen Pineda, Alvaro Pineda, Margarita Pineda y Cristina Alba, a consecuencia de heridas que recibieron y producidas con instrumento cortante y punzante (cuchilla) hecho que tuvo lugar en el punto de ‘Miraflores’, del municipio de Cáchira, en las horas de la noche del día doce de mayo de mil novecientos treinta y seis?”.

“2ª El mismo acusado Marco Antonio Rincón es responsable —sí o nó— del delito de robo en la casa del señor Román Pineda, en el municipio de Cáchira, en punto, día, hora y año, que se hizo referencia en la pregunta anterior?”.

“3ª El mismo acusado Marco Antonio Rincón, cometió los hechos a que se refieren las preguntas anteriores con premeditación y con alevosía o a traición y sorprendiendo a las víctimas descuidadas o desapercibidas?”.

“Los mismos cuestionarios se presentaron para el acusado Praxedis Jiménez.

“El Jurado contestó a todos ellos: ‘Sí’ por unanimidad.

“Es manifiesto el error que contienen los cuestionarios.

“El artículo 298 de la ley 57 de 1887 dice:

“Siempre que se proceda por varios cargos, se propondrán por separado las cuestiones correspondientes a cada uno; y cuando haya varios encausados, también se propondrán separadamente las

cuestiones relativas a cada uno de ellos, de modo que cada serie de cuestiones sea siempre respecto a un cargo, y a un solo encausado”.

“Y el artículo 310 de la misma ley estatuye:

“Si el Juez hallare que alguna de las cuestiones no ha sido resuelta, devolverá inmediatamente el expediente al Jurado para que la resuelva, y acto continuo procederá el Jurado a verificarlo.

“Si más tarde notare el Juez o el Tribunal, en su caso, que no se han resuelto las cuestiones propuestas, o que las resoluciones del Jurado no están arregladas, en lo sustancial, a las fórmulas prescritas, o que no aparecen suscritas por todos los jueces de hecho, convocará de nuevo al Jurado para que llene la formalidad a que se haya faltado. Lo mismo se hará cuando el Juez no haya propuesto todas las cuestiones que el Jurado debía resolver, o se note en ellas un error sustancial”.

“Es decir, quiere la ley que se proponga al Jurado cuestionarios separados respecto de cada encausado y respecto de cada cargo que se le impute, para que de esa manera no haya confusión posible acerca de la calificación de los hechos criminosos, de la situación jurídica que le corresponda al acusado y de la sanción que haya de imponérsele.

“Aquí debieron, por lo tanto, formularse doce cuestionarios para cada acusado en lo referente a los homicidios, pues éstos fueron seis con circunstancias específicas de preparación y también de asesinato. Se dejaron, pues, de presentar al Jurado diez cuestiones respecto de cada acusado. Además, los cuestionarios relativos al robo fueron también mal redactados, ya porque se omitió en ellos describir los hechos materiales constitutivos del delito, y ya porque nada se puntualizó acerca de la cuantía de lo sustraído, elemento éste fundamental para la penalidad y que debe, por lo mismo, ser calificado por los jueces de conciencia”.

Estima, en fin, que se ha violado el artículo 22 de la Constitución Nacional porque el Tribunal carecía de competencia para fallar “sobre unos veredictos mal presentados y contrarios a la ley” y que por lo tanto se está en presencia de la nulidad prevista en el artículo 264, numeral 1º, de la ley 57 de 1887, según así lo ha resuelto la Corte en dos sentencias de casación que cita.

Discriminando la motivación de la nulidad propuesta, se tiene, en síntesis, lo siguiente: Que al formular los cuestionarios que debían someterse al Jurado, el Juez acumuló en una sola pregunta los cargos correspondientes a los seis delitos de homicidio que se imputan a los reos y en igual forma consultó lo relativo a las circunstancias constitutivas de asesinato, en vez de proponer las cuestiones de acuerdo con la regla de separación establecida en el artículo 298 de la expresada ley 57, aplicable al caso.

Se trata ahora de saber si esta irregularidad suministra base para infirmar la sentencia acusada, esto es, si constituye motivo de nulidad sustancial según la ley.

Los motivos que producen nulidad en los juicios penales son únicamente los que la ley determina. Entre ellos no figura el que aquí se alega y no existe regla alguna que confiera al Juez libertad de apreciación en esta materia. Por el contrario, la ley dispone que los jueces no podrán declarar nulidades por causas distintas de las que ella misma taxativamente ha establecido.

A pesar de la rigidez del sistema, la Corte ha reconocido la existencia de requisitos de forma, cuya inobservancia no está conminada con nulidad en la ley y que, sin embargo, en algunos casos afecta sustancialmente las condiciones esenciales del proceso penal. En tal evento, la solución no puede ser otra que la reposición del procedimiento, dando preferente aplicación al precepto constitucional sobre garantías procesales y realizando así el objeto de la ley orgánica de las nulidades, que es asegurar el ejercicio pleno de

esas garantías y, en último término, la recta aplicación de la ley penal en la sentencia.

Pero será preciso examinar en cada uno de los casos no previstos la trascendencia de la informalidad denunciada para saber si realmente implica quebranto de las formas fundamentales del juicio. La materia, como se ve, no permite trazar normas generales, función que, por otra parte, corresponde al legislador.

Dentro del terreno de los principios y consultando las indicaciones de la realidad no se puede sostener como tesis o doctrina general que la presentación de los interrogatorios al Jurado, apartándose de la regla de separación de las cuestiones, lleva necesariamente confusión al veredicto, haciéndolo ineficaz y nulo.

Si se tratare de la acumulación en una sola fórmula de cargos de distinta naturaleza o de la reunión de circunstancias determinantes de la responsabilidad con las que la excluyen o atenúan, podría observarse que la complejidad de la pregunta y la exigencia legal de dar una respuesta simple impidió al Jurado resolver adecuadamente las diferentes cuestiones, y que por tanto el veredicto no suministra criterio seguro para definir inequívocamente la situación del reo ante la ley penal. En esta hipótesis podría plantearse el problema de la validez del juicio con apoyo en el precepto constitucional ya citado.

Pero cuando se imputan al reo hechos de igual naturaleza, por ejemplo, varios homicidios, cometidos al tiempo, en un mismo lugar, con idénticas modalidades de ejecución y bajo un móvil común, si el Juez interroga al Jurado sobre la responsabilidad del acusado en tales hechos, expresándolos en una sola pregunta, la respuesta simplemente afirmativa o negativa no puede razonablemente suscitar incertidumbre acerca del contenido intrínseco del veredicto. Entonces se habrá faltado a una formalidad externa; pero se carecería, no ya de disposición legal que autorice la nulidad del acto, sino también de base doctrinaria para declararla.

Y esto es lo que ocurre en el presente caso. Aquí se preguntó separadamente al Jurado acerca de la responsabilidad de cada acusado y aunque el Juez, faltando a la regla de separación, reunió en una sola pregunta los cargos correspondientes a los seis homicidios imputados a los reos, la verdad es que se trata de delitos de igual naturaleza, cometidos en concurso recíproco, bajo un móvil común y en idénticas circunstancias de modo, tiempo y lugar. La complejidad es aparente y no real. No se mezclaron hechos heterogéneos que necesariamente exigieran especificaciones separadas y en cuanto a las circunstancias de asesinato se consultaron al Jurado en interrogatorios separados. A los procesados se les llamó a responder por seis asesinatos y por robo. Tales eran las cuestiones que debían someterse a la decisión del Jurado y que éste resolvió.

Como se hubiera incurrido al formular las preguntas sobre la cuestión principal en equivocación respecto del nombre de una de las seis víctimas y en omisión del nombre de otra, el Juez convocó por segunda vez al Jurado y sometió de nuevo a su consideración los cuestionarios ya corregidos. Los miembros del tribunal de conciencia, cuya nueva reunión se efectuó dos días después de la primera, tuvieron tiempo y amplitud excepcional para reflexionar acerca del contenido de los interrogatorios, en los cuales se destacan los nombres de seis víctimas de homicidio (asesinato). Si alguna duda les hubiera sobrevenido acerca de que tal o cual de ellas hubiera sido sacrificada por sujetos distintos de los procesados, antes o después de la masacre y saqueo de que se les acusa, sus primeras respuestas hubieran sido modificadas en alguna forma y no lo fueron.

En resumen: no existe ningún motivo de duda o incertidumbre. El debate público se hizo sobre las expresadas cuestiones, que corresponden precisamente a los cargos deducidos en el auto de proceder. El defensor sabía, por el contenido de las preguntas formuladas para ca-

da acusado, cuáles eran los cargos y las circunstancias a que debía contraer la defensa, de modo que los reos no fueran condenados sin haber sido oídos y convencidos en juicio respecto de cada cargo, y, finalmente, mediante la lectura de los autos y la controversia oral, el Jurado dispuso asimismo de suficiente información sobre el contenido de las preguntas y el alcance del veredicto que pronunció.

Observa, además, el Procurador, que los cuestionarios relativos al delito de robo, fueron mal redactados, ya que no se describieron los hechos constitutivos de este delito, ni se puntualizó la cuantía de lo robado en la casa de las víctimas. No hace falta examinar la trascendencia jurídica de tal informalidad. El punto carece en este caso de importancia práctica, pues admitida la validez de los cuestionarios sobre los homicidios (asesinatos), los veredictos respectivos suministran base más que suficiente para legalizar la pena impuesta en la sentencia.

La Corte no encuentra, pues, justificada la causal de casación invocada por el señor Procurador.

Conviene repetir que las consideraciones anteriores están concretadas al presente caso. No pretende la Corte trazar normas o criterios generales, ni menos establecer una doctrina común al proce-

dimiento antiguo y al nuevo. Aunque ambos contienen la regla de separación de las cuestiones que han de someterse a la decisión del Jurado, los dos sistemas difieren notablemente. Aquí sólo se han examinado las consecuencias jurídicas de la inaplicación del citado precepto en un proceso regido en todas sus fases por la ley procedimental antigua.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del 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 Pamplona, fechada el 22 de febrero del año próximo pasado, por la cual se condenó a **Marco Antonio Rincón** y **Praxedis Jiménez**, a cada uno, a la pena principal de 25 años de presidio como responsables en concurso recíproco de séxtuplo asesinato y robo.

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.

CUANDO PUEDEN SER RECUSADOS LOS JURADOS. — COMO DEBE ENTENDERSE EL ARTICULO 493 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL SOBRE IMPEDIMIENTOS DE AQUELLOS. — EN QUE CASOS SON APLICABLES A UN REO LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.

1.—El primer inciso del artículo 511 del Código de Procedimiento Penal fija el plazo de cinco días siguientes al sorteo para que las partes puedan recusar a los jurados legalmente impedidos y también para que el juez decreta de oficio el reemplazo de los jurados que estén impedidos legalmente. — 2.—El art. 493 de ese Código tiene que entenderse en el sentido de que el miembro del Jurado a quien se considere impedido haya desempeñado el oficio de juez, fiscal o apoderado del procesado o de la parte civil en el mismo juicio, porque entonces hay un fundado temor de que se sienta ligado por la tesis u opinión sostenida en el caso concreto de que se trata y carezca, por ello, de la tranquila libertad que se requiere para proferir una decisión. — 3.—No basta un simple concepto médico, no juramentado, para sacar al reo del sistema normal de las penas y colocarlo en el especial de medidas de seguridad; para esto sería necesario que en el juicio obrara una prueba legal y científicamente suficiente de que al tiempo de cometer el hecho se hallaba el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia, o que padecía de grave anomalía psíquica. (Artículo 29 del Código Penal).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, veinticuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Vistos:

El Tribunal Superior de Bucaramanga impuso a Leonardo Bárcenas la pena principal de nueve años de presidio como responsable de la muerte de Luis Tafú Gómez; y tanto el procesado como el defensor interpusieron casación contra ese fallo.

Como el hecho incriminado ocurrió el 22 de enero de mil novecientos treinta y nueve, es decir, estando ya en vigencia la nueva legislación penal, cuando se surtieron en la Corte los trámites correspondientes a este recurso, el señor Procurador Delegado se abstuvo de emitir concepto de fondo por considerar que no tenía apoyo suficiente para ello en el actual Código de Procedimiento. Con posterioridad a la vista que obra en este proceso la Procuraduría ha resuelto emitir concepto en casaciones nuevas; pero como en el presente negocio pasó hace tiempo el término de los traslados, resultaría demasiado inoportuno ya insistir en que el señor Procurador emita su valiosa opinión; y así la Sala procede a decidir sobre el recurso mediante los razonamientos que en seguida se verán.

El Jurado declaró por unanimidad que Leonardo Bárcenas dio muerte a Luis Tafú Gómez; y por mayoría de votos decidió que el hecho se había ejecutado con el propósito de matar. El juzgado a quo, dando aplicación al artículo 362 del Código Penal y teniendo en cuenta cierta condena anterior contra el mismo Bárcenas que no daba fundamento para hacerle la agravación de pena por reincidencia, optó por aplicarle la sanción del artículo 362

en medida superior en dos años al mínimo señalado por aquella disposición. El Tribunal Superior adoptando el mismo criterio del juez de primera instancia confirmó en todas sus partes el fallo de éste.

Los motivos de casación alegados son estos:

1º Nulidad del juicio por cuanto uno de los miembros del Jurado había sido fiscal en la otra causa seguida hace algunos años contra el mismo procesado; y

2º Indebida aplicación de la ley, por habersele impuesto a Bárcenas pena de presidio en vez de medida de seguridad, no obstante su situación patológica.

Causal de casación por nulidad. — La hace consistir el recurrente en que uno de los miembros del Jurado que lo declaró responsable, el señor Martiniano Valbuena, había sido fiscal en causa contra el procesado ventilado hace más de diez años. Por cierto que no se sabe, ni el recurrente lo dice, en qué sentido actuaría ese ex-fiscal en el antiguo proceso. Dice el recurrente al sustentar este motivo de casación:

“El voto del citado señor Valbuena decidió de la sentencia cuya casación se surte, pues fue su voto el que determinó la mayoría condenatoria. De acuerdo con el artículo 493 del Código de Procedimiento Penal, el señor Valbuena no podía ser jurado, so pena de nulidad del veredicto proferido. La disposición antes citada tiende a buscar la absoluta imparcialidad de los jurados al rendir el veredicto. El artículo 511 del Código de Procedimiento Penal ordena que el Juez debe tener presente, COMO NORMA INVARIABLE, que la ley exige la absoluta imparcialidad de los jueces de hecho y que es necesario evitar que haya en ellos cualquier motivo que perturbe la imparcialidad de su conciencia.

“Quien ha sido fiscal contra un procesado puede tener la absoluta imparcialidad para juzgar al mismo procesado? Yo considero que no, porque hay cierto contacto adverso entre el procesado y el ju-

rado, contacto que obra subconscientemente en la mente del fiscal-jurado, como es el caso del señor Martiniano Valbuena.

“Fui condenado por una mayoría de un voto, es decir, por el voto del señor Martiniano Valbuena, quien posible y muy seguramente llevó a la audiencia el ánimo predispuesto contra mí”.

La Corte observa:

Es verdad que el artículo 511 del Código de Procedimiento, citado por el recurrente, dice en su inciso final, que el juez debe tener como norma invariable la absoluta imparcialidad de los jueces de hecho exigida por la ley “y que es necesario evitar que haya en ellos cualquier motivo que perturbe la imparcialidad de su conciencia”.

Pero no echó de ver el recurrente que el primer inciso de esa misma disposición fija el plazo de cinco días siguientes al sorteo para que las partes puedan recusar a los jurados legalmente impedidos y también para que el juez decreta de oficio el reemplazo de los jurados que estén impedidos legalmente.

En este proceso no efectuó la parte interesada el correspondiente reclamo o recusación ni en el acto del sorteo ni dentro de los cinco días siguientes; y el juez tampoco decretó de oficio la separación del jurado señor Valbuena.

Esta que podría considerarse una razón meramente formal, encuentra apoyo y respaldo en el fondo mismo del motivo de impedimento que el recurrente quiere encontrar cuando afirma que el precitado miembro del Jurado señor Valbuena estaba impedido para actuar, de acuerdo con el artículo 493 del Código de Procedimiento Penal. Esa disposición tiene que entenderse en el sentido de que el miembro del Jurado a quien se considere impedido haya desempeñado el oficio de juez, fiscal o apoderado del procesado o de la parte civil en el mismo juicio, porque entonces hay un fundado temor de que se sienta ligado por la tesis u opinión sostenida en el caso concreto de que se trata y carezca, por ello, de la tranquila

libertad que se requiere para proferir una decisión.

Por otra parte: de las causales de nulidad taxativamente enumeradas por el artículo 199 del Código de Procedimiento, para los juicios por Jurado, la única pertinente en este caso sería la del numeral tercero, que dice así:

“Reemplazar ilegalmente en el acto del sorteo a alguno de los designados o no reemplazarlo si existía causal legal para hacerlo. En ambos casos es necesario que quien alega la nulidad haya hecho el reclamo correspondiente en el acto del sorteo o dentro de los cinco días siguientes”.

Y Leonardo Bárcenas o su defensor ninguna objeción hicieron en el acto del sorteo ni dentro de los cinco días siguientes, ni siquiera en el tiempo transcurrido hasta la audiencia pública o durante ésta. Otra cosa sería si habiendo los interesados reclamado oportunamente, su reclamo se hubiese quedado sin resolver o hubiera sido resuelto de manera ilegal, pues entonces sí habría que considerar de nuevo en casación el punto.

No prospera, pues, de consiguiente, el recurso por la causal de nulidad.

Causal de casación por mala aplicación de la ley penal.—La fundan los recurrentes en que la situación patológica del reo contraindica la aplicación de una pena y es propicia, más bien, a la imposición de medidas de seguridad. Como base para alegar esta causal se refieren los interesados a un dictamen o historia clínica de Leonardo Bárcenas suscrito por el médico doctor Rafael Ordóñez, que se llevó al expediente durante la audiencia.

Adviértase que el defensor dijo sobre el particular, ante el Jurado, las palabras que a continuación se copian, tomadas del acta de la audiencia:

“A todo esto conviene agregar cuáles son las condiciones personales de existencia del acusado. Para ello basta con leer el dictamen rendido por el señor doctor Rafael Ordóñez O., médico que lo examinó en su integridad. (El defensor leyó personalmente el aludido dictamen, que

es el mismo que se agrega a esta acta). Y continuó: Yo no voy a pedir que se declare loco a mi defendido; únicamente pido que, de acuerdo con el dictamen médico, se le estime como un hombre demasiado excitable, impulsivo, etc. La anormalidad de la adrenalina en su desarrollo sobre el organismo de Bárcenas le produce en momentos de ira cierta conmoción automática que lo conduce a actos impulsivos”.

La exposición del facultativo doctor Ordóñez contiene valiosos datos científicos de carácter general. Se hace allí relación de los antecedentes patológicos y de familia del procesado, pero no dice el dictamen si obtenidos por informes del mismo Bárcenas, de personas allegadas a él, o por otros conductos. En todo caso esos datos sólo obran en aquel concepto médico y algunos vestigios de ellos se leen en las indagatorias del reo. Pero sobre el particular no suministra el expediente más referencias, de suerte que puede decirse que no hay prueba legal, en el proceso, de aquellos antecedentes patológicos.

No podría atribuirse al dictamen científico el valor de plena prueba, por haberse traído al juicio informalmente y no en el debate contradictorio de las pruebas legales y por no haberse ratificado bajo juramento ni emanar de médicos-legistas oficiales.

Pero aun cuando no mediasen tales reparos sobre el valor extrínseco de la prueba, resulta que ella, en sí misma tampoco demostraría que hubo errónea o indebida aplicación de la ley penal en este caso, porque la conclusión del médico prenombrado es que la herencia artrítico-alcohólica, la anemia tropical, la sífilis de forma meníngeo-cerebral y “el medio ácido” del organismo de Leonardo Bárcenas que impide actuar a las sustancias que podrían corregir o aliviar las enfermedades y taras del reo, todos esos factores “producen en el señor Bárcenas la ejecución de actos no coordinados o no sometidos al control cerebral y por lo tan-

to, actos reflejos e inconscientes”.

Como se ve, el concepto médico sin juramentar, del doctor Ordóñez, no dice que todos los actos de Leonardo Bárcenas sean carentes de coordinación, o rebeldes al control cerebral, sino que en él se producen actos de esa clase.

Por otra parte, no se refiere el dictamen al homicidio que motiva esta casación, ni dice que tal acto haya sido uno de los “reflejos e inconscientes” de Bárcenas, “no coordinados o no sometidos al control cerebral”.

Ahora: para sacar al reo del sistema normal de las penas y colocarlo en el especial de medidas de seguridad, sería necesario que en el juicio obrara una prueba legal y científicamente suficiente de que al tiempo de cometer el hecho se hallaba el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia, o que padecía de grave anomalía psíquica (artículo 29 del Código Penal). Esa prueba no aparece en el expediente ni el valor de tal puede otorgarse al dictamen que obra en autos por todas las razones que acaban de exponerse. Los datos clínicos que apunta el médico doctor Ordóñez forman un triste cuadro de la desdicha patológica que por obra de la herencia, del clima, del medio ambiente y de los abusos sexuales y alcohólicos, aquejan a buena parte de nuestros delincuentes.

En todo caso, el Jurado consideró ese interesante trabajo médico y, no obstan-

te él, declaró que Leonardo Bárcenas es responsable de la muerte de Luis Tafú Gómez y que ejecutó ese hecho “con el propósito de matarlo”.

No prospera, pues, la casación, por este otro motivo que la parte recurrente alega.

Conviene recordar que el mismo Bárcenas había sido condenado en mil novecientos veintinueve por otro delito de homicidio, cometido por móviles análogos al de ahora: altercado con motivo de la renuencia de un cliente a pagarle deudas provenientes de consumo de bebidas alcohólicas en la tienda o cantina que Bárcenas ha tenido en el corregimiento de Pradilla, jurisdicción de Puerto Wilches.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y NO INFIRMA, la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga fechada el diecisiete de febrero de mil novecientos cuarenta, que impuso a Leonardo Bárcenas la pena principal de nueve años de presidio como responsable de la muerte violenta de Luis Tafú Gómez.

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

MINAS — INTERVENTOR.

1.—En tratándose de pleito sobre la posesión y propiedad de una mina en laboreo actual, aunque la Nación sea la parte demandada, sí procede la solicitud de nombramiento de un interventor hecha por la parte que no tenga a su cargo el laboreo de la mina, de conformidad con el artículo 226 del C. de Minas. El artículo 224 de esta obra no puede interpretarse en la forma restrictiva de que el desacuerdo a que allí se alude sólo puede registrarse entre particulares. Ninguna razón legal, ni de justicia habría para ello. Cuando la ley ha querido sacar a la Nación del plano de igualdad jurídica en que deben estar colocadas las partes contendientes, lo dice expresamente. Para que prospere la solicitud de nombramiento de interventor en casos como el de autos, basta que el solicitante establezca en la articulación correspondiente quién es la persona que tiene el laboreo de la mina materia del juicio.— 2.—En ninguna parte del Código de Minas está autorizado el nombramiento de depositario de minas. Hay, por el contrario, en ese código, disposiciones de las cuales se deduce rectamente que el poseedor o elaborante de la mina sí puede disponer de los productos de ésta, mediante el requisito de que sean pesados por el interventor en presencia del poseedor y dos testigos hábiles (artículo 234, numeral 5º). Y el art. 240 permite al poseedor o elaborante de la mina disponer libremente de los productos luégo que el interventor tome razón de ellos en los términos del inciso

5º del artículo 234. No existiendo ningún mandato expreso que autorice el depósito de minas, debe imperar la norma general de procedimiento en virtud de la cual el demandado conserva la posesión o la tenencia de la cosa materia de la demanda, mientras no sea vencido en juicio, o mientras no ocurra alguna de las circunstancias que según la legislación procesal ordinaria puede dar lugar al depósito. — 3.—Los efectos de la inscripción de la demanda ordinaria sobre entrega de una mina no pueden ir hasta vedar al poseedor de la cosa que se aproveche de los frutos civiles o naturales de la misma. Así, el poseedor de la casa en pleito seguirá, mientras éste dure, percibiendo los frutos civiles de dicha casa. Al poseedor de la mina en litigio también le asistirá derecho para percibir los frutos naturales que ella produzca, mediante el lleno de ciertas formalidades cuando se ha nombrado interventor.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, marzo quince de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Juan A. Donado V.)

El Sr. Manuel M^a Mosquera W. demandó a la Nación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, para que se le condenara principalmente a la entrega de la mina denominada "Aganche", ubicada en el municipio de Buenos Aires.

En el curso del correspondiente juicio ordinario, el apoderado de la parte demandante solicitó del Tribunal el nombramiento de un interventor, y más tarde pidió que se decretara el depósito en el Banco de la República, del oro producido en la mina en litigio. Subsidiariamente, la suspensión de trabajos de explotación que se están ejecutando y que ponen en comercio el bien hoy intransferible.

El Tribunal resolvió negativamente las peticiones anteriores en autos de fecha 9 de mayo de 1940, los cuales fueron apelados, y por ese motivo ha subido el negocio a esta Superioridad. Surtida la tramitación que corresponde a esta clase de asuntos, procede resolver lo pertinente.

Nombramiento de interventor

El solicitante de tal nombramiento se expresa al respecto así:

“1º La mina ‘Aganche’ ha sido negociada para su explotación por el Estado con el señor Pedro P. Sánchez.

“2º No pudo mi poderdante ponerse de acuerdo con el Estado (Ministerio de la Economía Nacional) para el laboreo de esa mina.

“3º Dicha mina está actualmente en laboreo por explotación que adelanta la Asnazu Gold Dredging, Lmt., a nombre del señor Sánchez, quien a su vez obra como concesionario del Estado.

“Fundado en lo anterior pido muy respetuosamente nombre el Honorable Tribunal un interventor”.

Y funda su petición en el artículo 226 del Código de Minas, y sus pertinentes.

El Tribunal sostuvo en la parte motivada de su providencia lo siguiente:

“Por el acervo de pruebas que a la articulación trajo la Fiscalía del Tribunal, se saca en conclusión que entre el doctor Mosquera Wallis y el Estado considerado por él como parte, no ha habido desacuerdo sobre el laboreo de la mencionada mina.

“Y no ha podido haber el desacuerdo a que el artículo 224 del Código de Minas se refiere, porque el doctor Mosquera se presentó ante el Estado no como de igual

a igual, no como de particular a particular, sino como un ciudadano que pedía a quien podía y debía o no debía conceder. Así, en esa posición de solicitante ante el Estado colombiano, se presentó a oponerse a que le concediera al señor Pedro P. Sánchez la explotación de la mina nombrada.

“De manera que la negativa dada por el Estado a su oposición, no es el **desacuerdo** a que hace referencia el artículo 224, que sólo puede registrarse entre particulares”.

El señor Procurador Delegado en lo civil emite el siguiente concepto sobre la cuestión que se debate:

“Si se examinan con la debida atención los preceptos del Código de Minas sobre nombramiento de interventor en caso de litigio de una mina en laboreo, se verá sin lugar a duda que el tal nombramiento no procede sino en caso de **desacuerdo** en cuanto al laboreo actual. Pero no puede llamarse desacuerdo en cuanto al laboreo el hecho de que el demandante pretenda que el Estado no ha podido ni puede otorgar concesión a un particular para la explotación de una mina que considera perteneciente a la reserva nacional, que es precisamente la situación que en este juicio se contempla. Lo que hay entonces es un desacuerdo sobre el derecho mismo, mas no sobre la manera de laborar la mina. Y como muy bien lo dice el Tribunal de la causa, de todas las pruebas producidas en la incidencia aparece de manera indubitable que no ha ocurrido el desacuerdo entre las partes contrincantes respecto del laboreo actual”.

Se considera:

Estima la Sala que en tratándose de pleito sobre la posesión y propiedad de una mina en laboreo actual, aunque la Nación sea la parte demandada, sí procede la solicitud de nombramiento de un interventor hecha por la parte que no tenga a su cargo el laboreo de la mina, de conformidad con el artículo 226 del Código sobre la materia. El artículo 224 de esta obra no puede interpretarse en la

forma restrictiva de que el desacuerdo a que allí se alude sólo puede registrarse entre particulares. Ninguna razón legal ni de justicia habría para ello. Cuando la ley ha querido sacar a la Nación del plano de igualdad jurídica en que deben estar colocadas las partes contendientes, lo dice expresamente. No habiendo dicho que cuando sea la Nación la que tenga el laboreo actual no procederá el nombramiento de interventor, hay que concluir que el presente no es un caso de excepción.

“En el orden procesal como en lo que atañe a la ley sustantiva — ha dicho esta Sala en reciente fallo — 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”.

Para que prospere la solicitud de nombramiento de interventor en casos como el que se estudia, basta que el solicitante establezca en la articulación correspondiente, quién es la persona que tiene el laboreo de la mina materia del juicio. El desacuerdo de que habla el citado art. 224 está probado en el presente caso. En efecto, si el demandante se opuso a la celebración del contrato administrativo enderezado a la exploración y explotación de la mina, y luégo se presentó ante la justicia ordinaria en juicio de dominio diciendo: “El Estado ha declarado suyo lo que es mío y está ejerciendo actos de dominio, con ánimo de señor y dueño, en cosa ajena”, si tales cosas hizo el demandante,

es porque no está de acuerdo con que sea otro el que tenga el laboreo de la mina. Y el Estado tampoco de acuerdo en que sea el demandante quien lo tenga, puesto que rechazó su oposición.

Ahora, ¿se ha probado que la mina materia del pleito, tal como se la describe en la demanda, se halla en laboreo actual por la Compañía Asnazu Gold Dredging, Ltd? No, en sentir de la Sala. Para la demostración que se hecha de menos, el personero del demandante pidió el testimonio del interventor de la Nación en la explotación de minas que en el municipio de Buenos Aires, Departamento del Cauca, adelanta la Asnazu Gold Dredging, Ltd. A pesar de que no se expresó, como debió hacerse, el nombre de la persona cuyo testimonio se solicitaba, la prueba fue decretada, y se recibió declaración jurada al señor Camilo Torres Parra, quien expuso lo siguiente:

“..... Al punto b): Es cierto que desempeño actualmente el cargo de Interventor de la Nación en la explotación de minas que en el municipio de Buenos Aires, Departamento del Cauca, adelanta la Asnazu Gold Dredging, Ltd. Desde hace unos dos años y medio estoy en ese cargo. Al punto c): Es cierto que al señor Pedro P. Sánchez le fue concedida la explotación de la parte comprendida entre la margen izquierda del río Ovejas y la margen derecha del río Cauca, declarada como reserva nacional; que se halla actualmente en explotación por la compañía Asnazu Gold Dredging, Ltd. Al punto d): Como lo dejo dicho, la compañía Asnazu Gold Dredging, Ltd., viene explotando la mina de que se trata, hace un mes y medio, más o menos”.

No está acreditado que el citado Torres Parra tenga el carácter oficial que se atribuye. Su testimonio habrá, pues, que estimarlo como el de un testigo común.

También se solicitó la declaración del señor Pedro P. Sánchez, sobre los siguientes puntos:

“.....
“b) Si es cierto que contrató con la Na-

ción la explotación de la mina de aluvión comprendida entre la margen izquierda del río Ovejas y la margen derecha del río Cauca.

"c) Si es cierto que dicha mina está actualmente en explotación por parte de la Asnazu Gold Dredging, Ltd., en virtud de negocio celebrado entre esa compañía y el declarante.

"d) Si es cierto y le consta que esa misma mina es la avisada por el doctor Manuel María Mosquera con el nombre de Aganche".

A ese interrogatorio contestó el testigo:

"..... Al punto b): No es cierto que yo haya contratado con la Nación la explotación de la mina a que se refiere la pregunta. Yo pedí una concesión en las reservas nacionales y esa concesión se la cedí a la Asnazu Gold Dredging, Ltd. Al punto c): Es cierto que está en explotación la concesión, por parte de la Asnazu Gold Dredging, Ltd., pero no por negocio celebrado entre la compañía y mi persona. Al punto d): No me consta lo que se me pregunta en este punto".

Como se ve, no hay congruencia entre la pregunta del punto c) y la respuesta. Se dice que está en explotación la concesión, pero no expresa el testigo qué comprende ésta. Por otra parte, la mina a que se alude en el memorial de prueba del demandante que obra en el folio 1 del cuaderno número 4, y sobre la cual se interrogó a los testigos, no está individualizada como la que es materia del litigio. Por manera que aún en la hipótesis de que fueran uniformes los testimonios examinados, no se podría con ellos tener como probado que la mina "Aganche" que se describe en la demanda está en laboreo por la compañía nombrada.

Hay más: el personero del demandante pidió como prueba: "..... 2º Que por medio de exhorto se pida al señor Ministro de la Economía Nacional certificación jurada de si es cierto o no que la mina de aluvión comprendida entre la margen izquierda del Río Ovejas y la

margen derecha del río Cauca, en el Departamento del Cauca, Municipio de Buenos Aires, región de Suárez, fue contratada su explotación con el señor Pedro P. Sánchez, y si es cierto que dicha mina, la misma cuyo dominio discutió ante ese Ministerio el doctor Manuel María Mosquera W., está actualmente en explotación, y por quién".

El señor Ministro de Guerra dio la siguiente certificación:

"Examinados todos los antecedentes y expedientes de asuntos mineros que fueron radicados en este Despacho por impedimento del señor Ministro de la Economía, doctor Jorge Gartner, no se encuentra constancia alguna de que el Ministerio de la Economía Nacional haya contratado con el señor Pedro P. Sánchez la explotación de la mina de aluvión insuficientemente determinada a que se refiere la pregunta, y el Ministerio de Guerra no ha celebrado ningún contrato de explotación de esa mina con el señor Pedro P. Sánchez.

"Por Resolución del 27 de junio del presente año, dictada por el Ministerio de Guerra, se concedió permiso provisional a la empresa Asnazú Gold Dredging Limited para iniciar la explotación de un pequeño sector de 160 metros del trayecto general concedido por medio de contrato a esa empresa, trayecto general delimitado así: partiendo de la desembocadura del río Ovejas en el río Cauca, se toma un kilómetro de extensión o latitud sobre la margen derecha del dicho río Cauca, y se sigue su curso, aguas arriba, hasta el sitio donde lo atraviesa el puente denominado de Suárez del ferrocarril del Pacífico, en una longitud de 2.640 metros.

"Con excepción del pequeño sector de 160 metros ya mencionado, hasta este momento no se ha dictado la resolución respectiva para autorizar la explotación del resto de la zona o trayecto contratado con dicha Sociedad".

¿Ese pequeño sector de 160 metros a que alude la certificación transcrita es la

misma mina descrita en la demanda? ¿O, está comprendida en dicho sector la referida mina? No es posible saberlo con los elementos probatorios traídos a la articulación.

Nombramiento de depositario.

Esta petición carece por completo de base legal. Como muy bien lo observa el Tribunal de Cali, en ninguna parte del Código de Minas está autorizada la solicitud que se examina. Hay, por el contrario, en ese código, disposiciones de las cuales se deduce rectamente que el poseedor o elaborante de la mina sí puede disponer de los productos de ésta, mediante el requisito de que sean pesados por el interventor en presencia del poseedor y dos testigos hábiles (artículo 234, numeral 5º). Y el artículo 240 permite al poseedor o elaborante de la mina disponer libremente de los productos luego que el interventor tome razón de ellos en los términos del inc. 5º del artículo 234.

Considera el señor Procurador — y a juicio de la Sala está en lo cierto — que “ninguna de las medidas especiales propias de esta clase de juicios puede llegar a privar de la tenencia y explotación de la mina a quien la tiene cuando la demanda se promueve”.

No existiendo ningún mandato expreso que autorice el depósito demandado, debe, como lo dice el mismo funcionario, “imperar la norma general de procedimiento en virtud de la cual el demandado conserva la posesión o la tenencia de la cosa materia de la demanda, mientras no sea vencido en juicio, o mientras no ocurra alguna de las circunstancias que según

la legislación procesal ordinaria puede dar lugar al depósito”.

La solicitud subsidiaria de suspensión de los trabajos de explotación que se están ejecutando y que se dice ponen en comercio el bien hoy intransferible, a virtud de la inscripción de la demanda, tampoco puede prosperar. En efecto, la inscripción de que se trata se limita a impedir que pueda ser enajenada antes de decidirse el litigio, la cosa materia de la demanda; su finalidad es, pues, sustraer del comercio dicha cosa, en el caso de examen, la mina en discusión; pero los efectos de la inscripción no pueden ir hasta vedar al poseedor de la cosa que se aproveche de los frutos civiles o naturales de la misma. Así, el poseedor de la casa en pleito seguirá, mientras éste dura, percibiendo los frutos civiles de dicha casa. Al poseedor de la mina en litigio también le asistirá derecho para percibir los frutos naturales que ella produzca, mediante el lleno de ciertas formalidades cuando se ha nombrado interventor.

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 los autos apelados proferidos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con fecha 9 de mayo de 1940.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Anibal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srío. en ppad.

SE REFORMA EL AUTO DE FECHA 5 DE NOVIEMBRE DEL AÑO PASADO.
INTERESES.

Siendo los intereses perjuicios causados por la mora en pagar sumas de dinero determinadas (artículo 1617 C. C.), no es legal en tesis general cargar intereses sobre lo que se calcula debido por daño emergente y por lucro cesante, noción amplia de la indemnización que representa o debe representar todos los daños por pérdidas sufridas y por ganancias futuras.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales — Bogotá, diez y siete de marzo de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapías Pilonieta)

El apoderado del demandante señor Gregorio Jaramillo pide reforma del auto pronunciado por la Corte el 5 de noviembre del año próximo pasado, por el cual se fijó en la cantidad de \$ 11.972.85 el monto de los perjuicios que el departamento de Boyacá debe pagar al señor Jaramillo, según la condena formulada en la sentencia de esta sala a que se aludió en el referido auto.

El peticionario concreta su reclamo a dos puntos: primero, el que se relaciona con el monto del lucro cesante, calculado para Tunja; y segundo, el que atañe a la liquidación de intereses. Por orden se examina cada uno de los dos reclamos.

— I —

Dice el memorialista que por razón de pérdidas por lucro cesante causadas en Tunja a Jaramillo la cantidad debida es

la de \$ 9.878.60, en vez de la de \$ 1.548.76 fijada por los peritos Mendoza Neira y Granados Motta y que la sala aceptó como fundada.

Para deducir la cifra primeramente citada, el memorialista razona así en lo pertinente:

“Evidentemente no se puede prescindir del factor impuesto en la liquidación de las posibles utilidades que hubiera podido obtener Jaramillo porque si hubiera explotado el negocio durante el tiempo en que lo desplazaron los contratistas Riaño y Gutiérrez, necesariamente y por obra del contrato pactado por Jaramillo con el Departamento, estaba obligado a pagar el impuesto. Y no debe olvidarse que según el mismo contrato Jaramillo estaba obligado a pagar el impuesto sobre una cantidad mínima de fermentados fijada en su contrato, y que esta cantidad debía aumentarla hasta un quince por ciento al cabo de un año de la vigencia del mismo. De suerte que por obra de esta obligación y también por obra de la obligación que adquirió de suministrar fermentados en la cantidad necesaria para satisfacer las demandas del público, en el espíritu del contrato se encuentra el criterio que debe prevalecer para la fijación de los perjuicios; criterio que no es otro que el señalado por la cantidad de litros que el contratista debía producir, de acuerdo con el impuesto que debía pagar.

“Así, pues, de acuerdo con la liquidación hecha por los peritos señores doctores Mendoza Neira y Granados Motta, Jaramillo debía pagar durante el tiempo a que se refiere la condena y por concepto de impuestos en el Municipio de Tunja la cantidad de \$ 21.651.69, como im-

puesto fijado en el contrato, equivalente a un total de litros de fermentados de 1.082.524, a razón de \$ 0.02 el litro y no por la cantidad de 252.602 ½ litros; pues en este caso el impuesto causado sólo sería por valor de \$ 5.052.012; patentizándose mediante esta demostración la falta de equidad que el criterio de los peritos comporta pues no es imaginable siquiera la suposición de que el contrato se hubiera realizado por Jaramillo para obtener el consumo que los peritos aprecian, comprometiéndose Jaramillo a pagar un impuesto mínimo, aumentarlo progresivamente con la seguridad de que el consumo sería inferior al considerado según el impuesto que debía pagar, y en estas circunstancias el contrato bien podía considerarse como leonino de parte del Departamento”.

Se observa:

Los cómputos del dictamen pericial en que se basó la sala, en lo atinente a lucro cesante del negocio de Jaramillo en Tunja, no tienen en cuenta sino el consumo real de fermentadas en relación con los impuestos que pagaron Jorge Gutiérrez y Eduardo Riaño, según sus respectivos contratos, con los cuales fue desalojado Jaramillo del mismo negocio.

Mas, después de nueva consideración del problema en virtud del memorial de reposición se tiene que efectivamente, conforme lo asevera el reclamante, no hay que desatender en la liquidación de daños, el espíritu del contrato con Jaramillo, ya que esos daños provienen precisamente de hechos violatorios de ese contrato. De consiguiente la situación ventajosa que Jaramillo hubiera podido alcanzar con su contrato en Tunja, de no haber sido desplazado del negocio por los nuevos contratistas Gutiérrez y Riaño, es factor preponderante en la determinación del criterio con que debe practicarse la liquidación.

Esto se ve más claro al leer el siguiente párrafo de la sentencia de la Corte, que está ejecutándose, en donde se precisa bien uno de los motivos que impul-

saron a la corporación a conceptuar violado el contrato de Jaramillo, respecto a sus efectos prácticos en Tunja, consistentes en las condiciones más ventajosas que se concedieron a los contratistas Gutiérrez y Riaño, para explotar en Tunja el negocio de fermentadas, en contraste con las más onerosas con que pactó Jaramillo, quien estaba obligado a pagar la cantidad de \$ 3.850.00 como impuesto mínimo, al paso que para Gutiérrez sólo se estipuló la cantidad de \$ 1.500 y Riaño \$ 800, en el primer mes, y \$ 1.000 en los meses siguientes; el párrafo dice:

“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”.

De consiguiente el reclamante tiene razón en la rectificación que impetra. El valor del lucro cesante en Tunja debe ser elevado a la cantidad de \$ 9.878.60, en lugar de la suma de \$ 1,548.76, que la Sala había fijado.

— II —

Con respecto a la liquidación de intereses manifiesta el recurrente:

“Hay también error en la liquidación de los intereses causados por las cantidades debidas como lucro cesante y por daño emergente; pues si el contrato con Gutiérrez en Tunja empezó el primero de mayo de 1934 tales intereses deben liquidarse desde esta fecha hasta la de la sentencia, es decir hasta el 5 de noviembre de 1940, advirtiéndose además que los intereses del siete por ciento anual que los peritos aprecian siguen corriendo hasta la fecha del pago.

“Idéntica observación debe hacerse sobre los intereses que corresponden al lucro cesante en el Cócuy, pues los peritos

sólo lo liquidan desde el 8 de octubre de 1934 hasta el 30 de noviembre de 1938, fecha de su exposición; al paso que los intereses por el daño emergente los liquidan desde el 15 de febrero de 1934. Entiendo que tales intereses por ambos conceptos deben liquidarse desde el 15 de febrero de 1934 hasta la fecha de la sentencia, declarando a la vez que siguen corriendo hasta el día del pago".

Se observa:

Desde que los intereses son perjuicios causados por la mora en pagar sumas de dinero determinadas (artículo 1617 del C. Civil) no es legal en tesis general cargar intereses sobre lo que se calcula debido por daño emergente y por lucro cesante, noción amplia de la indemnización que representa o debe representar todos los daños por pérdidas sufridas y por ganancias futuras. De consiguiente si el daño emergente y el lucro cesante fueron calculados en el dictamen pericial, y así hay que suponerlo desde que ese dictamen se aceptó por la Corte, sobre la base de que considera los factores o elementos esenciales que entran en juego para su respectiva composición, no se justifica entonces el cómputo de un nuevo factor, que ya no es, según la ley, ni daño emergente ni lucro cesante propiamente tales, sino un perjuicio especial derivado del retardo en cumplir la obligación, cuando ésta consiste originariamente en pagar "una cantidad de dinero". La obligación a cargo del departamento de Boyacá apenas se traducirá en dinero, cuando quede determinado el monto de los perjuicios definitivamente. Antes de esta determinación no hay perjuicios moratorios. Por lo tanto, el procedimiento de deducir intereses del siete por ciento, que ni siquiera son los legales, permitidos cuando no existe estipulación al respecto, sobre las sumas liquidadas como daño emergente o lucro cesante, equivale a deducir perjuicios de perjuicios.

Por tal razón los intereses que los peritos cargaron en la liquidación no son legales. Mas las respectivas partidas fueron aceptadas por el demandado en el auto reclamado, y tal auto en esa parte está ejecutoriado.

Empero la observación sí vale para impedir cargar sobre el deudor nuevos intereses. De ahí que la sala se abstenga de liquidar intereses distintos de los que ya fueron computados. Menos podría ordenar que se sigan devengando intereses.

En consecuencia la única rectificación que puede hacerse al auto reclamado es la relativa al valor del lucro cesante que se debe liquidar en Tunja, por valor de \$ 9.878.60.

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, 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 2 de mayo de 1938, en el juicio ordinario iniciado por dicho Jaramillo contra el departamento de Boyacá, en la suma de veinte mil trescientos dos pesos con sesenta y nueve centavos (\$ 20.302.69) moneda corriente.

En los términos anteriores quedan reformados la providencia que fue materia de apelación y el auto anterior de la Corte de fecha 5 de noviembre del año próximo pasado.

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 pppad.

RECURSO DE SUPLICA.—TERMINO PROBATORIO EN ASUNTOS DE
PETROLEOS

1.—El término a que se refiere el artículo 374 del C. J. es el señalado en el propio código para alegar, no a los términos que en razón del artículo 367 ibídem corresponde fijar al Juez. — 2. El artículo 745 del C. J. es de estricta aplicación en el procedimiento del juicio ordinario, pero no en los juicios breves y sumarios a que dan lugar las propuestas sobre exploración o explotación de petróleos, en los que pueden probarse los hechos controvertidos ante el ministerio por medio de la documentación que se acompaña a la demanda de oposición. Si ocurre esta hipótesis, la sola función que incumbe a la Corte es la de decidir, previa audiencia de las partes. Y como son las partes las que conocen su propia situación procesal, a ellas corresponde manifestar, dentro del traslado que se les da para oír las, si piden la apertura a prueba. Si guardan silencio, no procede término probatorio alguno, ya que sería una dilación inútil, contraria al mandato del legislador, que ordena tramitar con prontitud estos juicios sumarios y breves.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, marzo diez y siete de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal
Cardoso Gaitán)

En el presente juicio sumario originado en las oposiciones a un contrato para la explotación de petróleo propuesto al Estado por la Texas Petroleum Company, presentó el doctor Miguel S. Uribe

Holguín el día 27 de noviembre de 1940 un memorial solicitando la apertura a pruebas del juicio.

El H. Magistrado sustanciador doctor Arturo Tapias Pilonieta previo informe de la Secretaría en el que se afirma que “el memorial del doctor Miguel S. Uribe H.... fue presentado después del término que al efecto se le señaló en el auto de fecha 15 de noviembre de 1940”, resolvió negar la solicitud referida en auto de fecha 12 de febrero de 1941, contra el cual el interesado interpuso recurso de súplica. Corrido el traslado legal, la contraparte guardó silencio.

El memorial petitorio de apertura del juicio a pruebas fue recibido por la Secretaría el 27 de noviembre de 1940, después de haberse vencido el término concedido para audiencia de las partes.

Dice el recurrente:

“En el auto de quince de noviembre, se señaló un término para oír a los opositores; otro, en seguida, para oír al señor Procurador, y otro, por último, para oír al proponente. No se dijo en este auto que esos términos se señalaran para que cada parte, dentro del que le correspondiera, manifestara si tenía o no pruebas que aducir y pidiera que el juicio se abriera a prueba; y como lo lógico es que primero se trabase el debate, y el debate no se traba sino cuando los opositores dicen cuáles son sus demandas, y las demás partes contestan, y es entonces cuando las partes pueden saber si es o no necesario producir pruebas, hay que concluir que se dispuso oír a las partes para que se trabara el debate, no para que alegaran y pudieran pedir, si tenía hechos por probar, que el juicio se abriera a prueba”.

Se considera:

El razonamiento anterior es aparentemente fundado. Evidentemente, lo lógico es que primero se trabaje el debate y el debate se trava cuando los opositores dicen cuáles son sus demandas. Pero el señor recurrente olvida que el debate se trabó no propiamente ante la Corte, sino ante el Ministerio, al ser presentadas las demandas de oposición y al ser aceptadas, previo el trámite correspondiente, por aquella entidad administrativa. El debate vino planteado ya a la Corte, y a ésta solamente corresponde desatarlo previo procedimiento sumario. El mismo señor recurrente lo dice en su escrito de 27 de noviembre de 1940: "Los escritos de oposición, en los casos de las oposiciones de mis poderdantes, revisten la forma de demanda. Solicito que se los tenga como las demandas de ellos". Por manera que, ya en la Corte el proceso, las partes tenían que estar enteradas de si les era preciso probar sus pretensiones, como también conocer el fundamento de ellas y alegarlas en el término del traslado. El razonamiento del recurrente no es, pues, admisible.

Luégo agrega:

"Sin embargo, voy a suponer que el objeto fuera que cada parte alegara y pidiera el recibimiento a prueba si lo necesitaba. En este supuesto, no habría podido yo extemporáneamente que el juicio se abriera a prueba; porque el expediente tiene más de trescientas hojas y según el artículo 374 del C. J. cuando un expediente tiene más de ciento, se aumenta el término en un día por cada cincuenta de exceso".

Se considera:

El artículo 374 del C. J. dispone efectivamente dicho aumento del "término del traslado para alegar" cuando se cumple tal hipótesis. Pero el término a que se refiere esta disposición es al señalado en el propio código para alegar, no a los términos que en razón del artículo 367 ibídem corresponde fijar al juez. Cuando es al juzgador a quien toca fijar término

para una actuación se entiende que lo hará en forma que "no exceda de lo necesario para los fines consiguientes".

Ese es el criterio de la Corte al señalar los términos en los juicios sumarios reglamentados por la ley del petróleo. Y al hacerlo, ha tenido en cuenta suficientemente el volumen e importancia de cada proceso. En estos casos tiene plena aplicación el 2º inciso del artículo 367 que dice: "Los términos que señala el juez son siempre de días o de horas, y prorrogables por justa causa, a juicio de él, alegada antes de su vencimiento".

En los autos no aparece que el recurrente hubiese pedido prórroga conforme a los requisitos estatuidos.

Argumenta el recurrente:

"Según el artículo 745 del C. J. el juez o tribunal recibe la causa a prueba cuando hay hechos que probar, aunque las partes no se lo hayan pedido".

Se considera:

Así es en el procedimiento del juicio ordinario, pero no en estos juicios breves y sumarios en los que pueden probarse los hechos controvertidos ante el Ministerio por medio de la documentación que se acompaña a la demanda de oposición. Si ocurre esta hipótesis, la sola función que incumbe a la Corte es la de decidir, previa audiencia de las partes. Y como son las partes las que conocen su propia situación procesal, a ellas corresponde manifestar, dentro del traslado que se les da para oírlos, si piden la apertura a pruebas. Si guardan silencio, no procede término probatorio alguno, ya que sería una dilación inútil, contraria al mandato del legislador, que ordena tramitar con prontitud estos juicios sumarios y breves.

Nuestro procedimiento civil es esencialmente preclusivo. El principio de la preclusión que lo informa consiste en sujetar la eficacia de los actos procesales a los plazos marcados para su realización. La orientación del derecho procesal moderno tendiente a la indivisibilidad o concentración del proceso, puede ser sin du-

da más científica, pero ella no es la adoptada por el legislador colombiano. El proceso, conforme a los principios de nuestro ordenamiento legal, se reparte en una serie de términos, recursos, incidentes y situaciones hasta el punto de que los distintos procedimientos se componen de una superposición de períodos de tiempo cada uno de los cuales tiene una eficacia procesal específica y al vencimiento de ellos se extingue la posibilidad de realizar los actos procesales pertinentes.

Las consideraciones anteriores afirman

el convencimiento de la Corte; de que la súplica no es procedente.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales —Sala Dual— confirma el auto de fecha (12) doce de febrero de mil novecientos cuarenta y uno (1941).

Notifíquese.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Manuel Pineda Garrido, Srío. en ppdad.



EXCEPCIONES — MULTAS

1. El artículo 51 del Código Penal de 1936 implica lógicamente que cuando la multa no se haya impuesto como pena principal y única, sino accesoria, no es convertible en arresto. Y hay que concluir, dada la armonía, que necesariamente ha de existir entre los artículos 696 y 697 del Código de Procedimiento Penal y el 51 del Código Penal citado, que el artículo 697 de la ley procedimental se refiere únicamente al caso contemplado por el artículo 51 del Código Penal. No sobra observar que la razón que asistió al legislador al obrar tal ordenamiento fue la de evitar que, en el caso de que se impusiera la sanción pecuniaria como accesoria de otra que entrañara privación de la libertad, de ello resultará la aplicación a un mismo hecho de dos penas privativas de la libertad, es a saber: la impuesta en la sentencia y la de arresto en que se convertiría la sanción pecuniaria al no ser satisfecha. De ahí que sólo se permita la conversión de la sanción pecuniaria en arresto cuando aquella es "principal y única". Esto es lo científico y conveniente.—

2º La incompetencia de jurisdicción nunca vale como excepción, porque tiene sus efectos propios en el juicio, distintos de los de la excepción.

Medellín en sentencia de fecha 10 de abril del año de 1939 condenó al señor Belisario Pérez, por razón de las heridas que le infirió a Ignacio de J. Restrepo en el paraje de "La Candelaria" del municipio de Entrerrios, a la pena principal de año y medio de prisión; y entre varias penas accesorias le impuso la obligación de pagar la suma de seiscientos pesos de multa "no convertibles en arresto".

Ejecutoriada la sentencia, el Tribunal envió copia de ella al recaudador de hacienda nacional de Santa Rosa de Osos para los efectos del cobro. Ese empleado libró inmediatamente mandamiento de pago contra el reo, por el valor de la multa que se le impuso.

El ejecutado propuso excepciones. Son ellas las de "ineficacia del instrumento ejecutivo para servir de recaudo" e "incompetencia de jurisdicción del juez ejecutor".

El recaudador remitió a la Corte el pliego de excepciones. Aquí se les dio el curso legal. Estando preparado el incidente para recibir en sentencia, a pronunciarla se procede, después de haber oído al señor Procurador delegado.

Primera excepción

Consiste en que al tenor del artículo 696 del código de procedimiento penal, las multas que se impongan como penas se pagan en estampillas de timbre nacional dentro del plazo que se fije, pasado el cual la multa se convierte en arresto por el juez, en la forma prevista en el artículo 697, ibídem. En consecuencia, el deber del juez se limitaba a dar estricto cumplimiento a las disposiciones mencionadas. "Si las multas cuando son accesorias no pueden convertirse en arresto; si el penado no las paga en estampillas, tampoco pueden cobrarse coercitivamente por-

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, marzo veintuno de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

La Sala Penal del Tribunal Superior de

que la ley no lo autoriza, debido quizá a la contradicción anotada en los dos códigos penal y procedimental”.

Se considera:

Conforme ya se vio el juez penal condenó a Belisario Pérez a “seiscientos pesos de multa, no convertible en arresto”. Esta sentencia tiene la autoridad de cosa juzgada y debe ejecutarse. Cualquier consideración sobre el alcance de la condena, que tienda a quitarle sus efectos, pugna contra los términos de la sentencia que son perentorios. El fallo obliga a Pérez a pagar, por vía de multa, determinada suma, que no puede convertirse en arresto. Luego la obligación es expresa, clara y exigible. Si la expresada multa puede o no convertirse en arresto, es cuestión ajena a este debate de carácter civil. El punto está ya resuelto. Con lo cual quedó también resuelto dentro del mismo juicio penal, lo concerniente a la pretendida contradicción entre los códigos penal y de procedimiento penal. Hoy corresponde cobrar la multa, tal como ella está consagrada. Esto por una parte. De otro lado, son muy puestas en razón las siguientes consideraciones contenidas en el alegato del señor Procurador delegado en lo civil.

“En efecto, el artículo 51 citado estatuje que cuando la pena de multa “se haya impuesto como principal y única” (subrayo) ES convertible en arresto cuando quiera que ella no se haya pagado dentro del plazo que se designa. Implica lógicamente dicha disposición que en el caso contrario, o sea cuando la multa no se haya impuesto como pena principal y única sino como accesoria (tal el caso de autos), no procede idéntica conversión en arresto. Y hay que concluir, — dada la armonía que necesariamente ha de existir entre las referidas disposiciones conexas,— que el artículo 697 de la ley procedimental se refiere únicamente al caso contemplado por el artículo 51 del Código Penal.

“No está de sobra observar que la razón que asistió al legislador al obrar tal

ordenamiento fue la de evitar que, en el caso de que se impusiera la sanción pecuniaria como accesoria de otra que entrañara privación de la libertad (como en el de autos), de elló resultara la aplicación a un mismo hecho de dos penas privativas de la libertad, es a saber: la impuesta en la sentencia y la de arresto en que se convertiría la sanción pecuniaria al no ser satisfecha. De ahí que sólo se permita la conversión de la sanción pecuniaria en arresto cuando aquella es “principal y única”. Esto es lo científico y conveniente.

“Mas de todo ello no puede resultar, no puede aceptarse que, en casos como el que se discute, la sanción pecuniaria decretada es una sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, se convierta en “una mera ritualidad, pero sin eficacia alguna ni efectividad”. Menguado servicio prestaríamos a la causa de la justicia al discurrir y obrar de tal suerte! Tal sentencia debe cumplirse, rigurosamente. Por ella se crea un crédito a favor del Estado y en contra del individuo cuya es la condena; crédito que al no haberse satisfecho en la forma prevista por el artículo 696 del código de procedimiento penal, no ser convertible en la forma atrás aludida, debe pagarse en dinero efectivo.

“La eficacia del título es pues indubitable. Se llenan con él los requisitos que prescribe el artículo 982 del código judicial en concordancia con el numeral 3º, artículo 1059 del mismo estatuto”.

Segunda excepción

Se dice que el recaudador carece de jurisdicción para adelantar el juicio contrariando las normas de los artículos 696 y 697 del código penal. Es decir que la multa impuesta no puede dar lugar a juicio ejecutivo, porque si no se paga en estampillas, como no se puede convertir en arresto, el juez no la puede cobrar.

En primer lugar se observa que el hecho propuesto de ser fundado no generaría una excepción, sino una nulidad de

procedimiento. La incompetencia de jurisdicción nunca vale como excepción, porque tiene sus efectos propios en el juicio, distintos de los de la excepción.

En segundo lugar, esta defensa es consecuencia de la anterior. Si la multa impuesta a Belisario Pérez sólo puede exigirse en estampillas, no entregadas éstas, la multa no puede cobrarse en dinero. Lo cual significa también que se debe quedar escrita. Como se ve, basta enunciar la tesis para repudiarla.

Resolución

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 no probadas las excepciones propuestas por el ejecutado.

Continúe adelante la ejecución.

Condénase al excepcionante en las costas del incidente. Tásense en la Corte.

Publíquese, 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. en pdad.

SE RESUELVE LA SOLICITUD SOBRE ACLARACION DEL FALLO DE FECHA
13 DE FEBRERO DE 1941

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, marzo veintuno de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal
Cordoso Gaitán).

Pide a la Corte el señor Procurador Delegado en lo Civil aclare su sentencia de 13 de febrero, dictada en el juicio sumario surtido de las oposiciones a la propuesta de contrato del señor Jaime Gutiérrez para explorar y explotar petróleo en el terreno ubicado en los municipios de La Dorada, Samaná y Sonsón, de los Departamentos de Caldas y Antioquia. La solicitud se ha hecho dentro del término señalado en el artículo 482 del C. J., y procede su consideración por la Sala.

Para sustentar la solicitud se expresa así:

“El fallo en referencia declaró fundada, entre otras, la oposición que formuló el Colegio de San Simón, de Ibagué, ‘sobre las tierras llamadas Chorrea Manteca’, sin que en la parte resolutive se exprese hasta qué extensión o cabida de dichas tierras se hace el reconocimiento del dominio privado del petróleo a favor del opositor.

“En el informe del ingeniero jefe de la sección técnica del Departamento de Petróleos se hace una exposición claramente demostrativa de que la adjudicación hecha a favor de Agustín Bonilla de Ovalle el 5 de noviembre de 1749 y el título que se le expidió el 11 de diciembre del mismo año no puede abarcar sino una estancia de tierra, pues aun cuando se encierra por linderos naturales una gran extensión de terreno, ello no tuvo otra fina-

lidad que determinar el globo general en que se hacía la adjudicación de la referida estancia. No otro es el sentido de la frase final de la diligencia de adjudicación: “cuyo ámbito será de una estancia de dicha tierra”.

“En la motivación del fallo a que vengo refiriéndome, la Honorable Sala pasó por alto considerar este aspecto de la cuestión, y limitó su estudio, en lo referente a la determinación e identificación del inmueble, a sustentar la tesis de que el globo de terreno encerrado por los linderos expresados en la referida adjudicación es el mismo a que la oposición se refiere.

“Pero admitida tal identidad por esa honorable Sala, queda por aclarar si, como lo entendió el Ministerio y como lo entiende la Procuraduría, el reconocimiento del dominio privado del petróleo a favor del Colegio de San Simón de Ibagué se limita a la estancia adjudicada dentro del globo demarcado, de conformidad con el título originario, o si, como en manera alguna puede admitirse, tal reconocimiento se extiende a toda la gran extensión de terreno demarcada en el escrito de oposición, haciendo caso omiso de la limitación a una estancia, que tan claramente aparece en el título.

“De conformidad con la legislación española vigente en la época de la adjudicación hecha a favor de Agustín Bonilla de Ovalle (5 de noviembre de 1749), punto de partida de la titulación del Colegio de San Simón de Ibagué, el adjudicatario de terrenos del Estado sólo adquiriría la propiedad sobre el área adjudicada por superficie, de acuerdo con el número de

estancias o caballerías expresadas en el respectivo título de adjudicación.

.....
"Ruego atentamente a la Honorable Sala se sirva aclarar el fallo en este sentido, tomando en consideración la parte pertinente del informe a que me he referido, el cual obra a folios 9. v. y siguientes de la actuación del Ministerio referente a las distintas oposiciones".

Se considera:

El fundamento principal de la aclaración pedida consiste en la observación de que el título a favor de Agustín Bonilla de Ovalle no debe abarcar sino una estancia de tierra, ya que en el mismo se dice: "cuyo ámbito será de una estancia de dicha tierra".

Si toda la extensión de los terrenos denominados "Chorrea Manteca", o una parte de ella, queda comprendida en el título aducido como originario, es cuestión que no se sometió concretamente al fallo de la Corte, y que en modo alguno recibió la comprobación necesaria en el juicio, para que sobre ella pudiera determinar la Sala el área actual de los terrenos a que el título aducido se refiere.

Una cosa es la validez de un título y otra muy distinta la extensión de las tierras que en un momento dado posee una persona con base en él. El fallo favorable a la validez legal de unos títulos no lo es por sí sólo y necesariamente respecto a una área determinada con la cual dichos títulos se relacionan.

En otros casos la Corte al decidir sobre el valor legal de una titulación ha determinado así mismo la extensión de las tierras, porque entonces se han llevado al expediente las comprobaciones necesarias. No existiendo las indispensables en el presente asunto, el fallo de la Corte no ha de comprender el punto en mención.

No puede, por tanto, la Corte aclarar su sentencia haciendo la determinación que se le pide sobre la extensión de los terrenos a que se contraen los títulos presentados en el juicio.

Notifíquese y cópiese.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en pdad.

ALCANCE ANTE LA JUSTICIA ORDINARIA DE DECISIONES PROFERIDAS EN
JUICIOS ADMINISTRATIVOS

No es posible examinar y decidir ante la justicia ordinaria la misma materia que ya fue fallada y sentenciada por lo contencioso-administrativo. No puede, pues, la Corte revisar el fallo de un Tribunal administrativo desconociendo su contenido sobre la base de nuevos factores probatorios que una inhábil defensa no supo aprovechar en el debate ante esa entidad. Ello sería atentatorio del carácter de cosa juzgada de que están revestidas las sentencias de los Tribunales administrativos, consagrado por el artículo 93 de la ley 113 de 1913.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, marzo veintidós de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Juan A. Donado. V.)

El Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales de Bogotá adelanta contra el señor Miguel Canales Gómez juicio por jurisdicción coactiva para hacerle efectivo el alcance de \$ 6,457.23 deducido a su cargo como recaudador de impuestos de cerveza y tabaco y a favor del Departamento de Cundinamarca.

El responsable señor Canales Gómez presentó oportunamente un pliego de excepciones. Remitido el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, éste en sentencia del 20 de septiembre de 1940 declaró que carecía de competencia para estudiar y decidir las excepciones propuestas por el ejecutado. Co-

mo fundamento de tal providencia se tuvo en consideración el hecho trascendental de que las excepciones propuestas ya había sido cuestión estudiada y resuelta por la justicia contencioso-administrativa.

No se conformó el excepcionante con lo resuelto por el citado Tribunal; de ahí que, por la apelación interpuesta contra el proveído de primera instancia, haya subido el asunto a esta superioridad, donde se la ha dado la tramitación de rigor, y se procede a decidir lo pertinente.

Se considera:

Los hechos exceptivos alegados en este incidente se expresan en la siguiente forma:

"1º El saldo por razón del impuesto de tabaco, que el auto de fenecimiento dedujo con apoyo en la diferencia entre lo pagado por Villamizar Hermanos y las guías expedidas, es hoy, según el auto del Tribunal administrativo de 24 de agosto de 1938, de \$ 5,476.23. La diferencia se refiere al recaudo en 1934 y once meses de 1936.

De la relación de pagos hechos, que obtuve de Villamizar Hermanos, que lleva fecha 12 de julio de 1938, y en la que se expresa que los cheques en el lapso de 1934 y 1936 se giraron a favor de las rentas de Cundinamarca, y de la relación del Banco Alemán Antioqueño sobre pago de tales giros, de fecha septiembre 16 de 1936, relaciones que acompaño, aparecen erradas las deducciones de alcance del auto de fenecimiento, así:

En cuanto al monto del impuesto recaudado:

	Auto de fenec.	Villamizar	Diferencia
1934	\$ 32.957.92	26.380.32	6.577.70
1936	31.485.49	30.281.22	1.203.27

“En cuanto a lo ingresado por impuesto:

	Auto de fenec. 2ª hoja	Villamizar	Diferencia	
1934	32.276.91	26.380.22	5.896.69	
1936	25.907.08	30.281.22	4.374.17	Dif. fv. respons. 1.522.52

“En cuanto a pagos e ingresos a caja:

	Auto de fenec. 2ª hoja	Villamizar	Diferencia	
1934	32.276.91	26.380.22	5.896.49	
1936	25.907.05	30.281.22	4.374.17	Dif. fv. respons. 1.522.32

“Bajo esos tres aspectos, que son los contenidos en el auto de fenecimiento que origina el alcance en mi contra, existe error visible aritmético, y en los dos últimos cómputos, que son los efectivos, porque determinan lo ingresado por mí a caja y lo consignado por impuestos de Villamizar Hermanos, en vez de alcance resulta un saldo a mi favor de \$ 1,522.52 y \$ 1,522.32, respectivamente.

“2º El auto de fenecimiento número 7,405 de 4 de febrero de 1937, se nombra ‘nuevo juicio’, porque ya las cuentas referentes a mi manejo habían sido rendidas, examinadas y aprobadas por la Contraloría. El mencionado auto nada dice en cuanto a partidas matemáticas de ese rendimiento inicial, no anota las diferencias entre el primero y nuevo juicio. Se funda exclusivamente en una visita, cuyos cómputos han resultado errados, como en parte lo acredité ante el Tribunal administrativo, y lo aceptó esta entidad en auto de 24 de agosto de 1938.

“3º El citado auto de fenecimiento, número 7, 405 de 4 de febrero de 1937, está apelado por mí en su integridad, y con-

tra la totalidad de la parte dispositiva de él, se concedió apelación por auto N° 8549 de 30 de marzo de 1937. El Tribunal administrativo revisó el apelado en cuanto el alcance, no en lo relativo al plazo de diez días, concedido para la contestación de las observaciones. Falta la revisión por este aspecto y, mientras no se surta, el auto no puede considerarse ejecutoriado, ni menos declararse como tál.

“4º Como se expresa en la relación de pagos suscrita por Villamizar Hermanos, de fecha 12 de julio de 1938, que acompaño, todas las consignaciones por impuesto en el lapso de 1934 y 1936, las hicieron por cheques a cargo del Banco Alemán Antioqueño de esta ciudad, y los cheques girados a favor de ‘las Rentas de Cundinamarca’, cuyo representante legal lo era y es el Administrador General de Rentas. Tales cheques ingresaban diariamente a la caja, sin firma de cobro cuando de allí se enviaban a consignación o a cobro llevaban la firma del Administrador. Mi obligación quedaba cumplida con la entrega y relación material de los cheques. Ya en caja la responsabilidad era



del Administrador, mi descargo se cumplía al ingresarlos, materialmente, mediante la entrega al cajero, empleado, como yo, dependiente del Administrador.

"5º Según el auto del Tribunal administrativo, hecho primero de estas excepciones, deducido el alcance por tabaco, el de cervezas introducidas a Cundinamarca por Gamboa, Aldana & Cía., es de \$ 981. Al fl. 11 del expediente obra la copia de la certificación del Royal Bank, autorizada por el visitador Castilla, de la consignación de los cheques números 10 y 33 por \$ 180.00, consignación hecha a la cuenta de Rentas de Cundinamarca, valor éste que no aparece descargado del alcance.

"6º La cervecería de 'Barranquilla y Bolívar, S. A.' constituye una sola fábrica, una sola empresa industrial, la única que exportó cervezas para Cundinamarca en el lapso de las cuentas a mi cargo. Según el auto de fenecimiento número 7,405, y en armonía con las relaciones de pago de Gamboa, Aldana & Cía. hay una diferencia por falta de ingreso de \$ 1,827.90 (segunda hoja, mote impuesto de cervezas). Antes había dicho, auto número 7,325 de enero 23 de 1937, párrafos 4º y 10º que era \$ 450.00 por cheques no consignados a la caja, según atestación del cajero, cheques que resultaron consignados, y de que forma parte el del número quinto de estas excepciones. Con todo, después de afirmación tan categórica, ordena descontar lo recaudado en Puerto Liévano, \$ 396.90 para dejar el saldo a mi cargo. Salta el error: o el dato de Gamboa & Aldana es lo consignado por mi conducto, o es la relación del impuesto que debió pagarse por toda la cerveza venida por Puerto Liévano a Cundinamarca. Si lo primero, lo de Liévano no debe descontarse, es cuenta aparte; si lo segundo, que es lo exacto, en Liévano se vendió cerveza, está demostrado en autos, de que cuyo impuesto el Colector no ha dado informe en su totalidad, y cuya deficiencia se me carga.

"De ahí que si sean pertinentes la relación de envío de cervezas que presenté e hice valer al Tribunal administrativo en memorial de 11 de julio de 1938, y a que se refiere el antepenúltimo párrafo de su auto de 24 de agosto de 1938, en que se consigna la existencia de dos fábricas productoras de cerveza en Barranquilla, la que es una sola.

"Claro aparece que se me está haciendo cargo de lo que corresponde al Colector de Liévano, con error manifiesto de la apreciación de las relaciones de importaciones y de pago.

"En este renglón del impuesto de cervezas como en el de tabaco, lo que se deduce es que existía omisión en el cajero de anotar los cheques consignados en la caja, cheques que, por lo mismo que se mantenían materialmente en ella, eran consignados sin la anotación de cuenta que correspondía al cajero, y, así, aparecían, como está demostrado en este negocio, ingresados a la cuenta bancaria de la Administración de Rentas, sin que se modificara el saldo contabilizado de la caja de rentas. Una era la cuenta corriente de la Administración de Rentas en el Banco, y otro el dato constante en los libros del cajero.

"Me limito en lo referente a tabaco a los años de 1934 y 1936, pues los restantes de mi cuenta o están conformes, o existe diferencia de centavos que, por lo mismo, no merecen observación de parte.

"Con apoyo en el artículo 59 de la Ordenanza 36 de 1935, pido a su Juzgado..."

De autos aparece que el Tribunal administrativo de Bogotá conoció en primera instancia del recurso de apelación interpuesto contra el auto de fenecimiento que sirvió de base al presente recaudo ejecutivo. Ante este Tribunal el ejecutado adujo hechos conducentes a reducir el alcance mencionado, que fueron analizados y apreciados en el proceso administrativo correspondiente, y entre tales hechos se encuentran los contenidos en el memorial de excepciones, como claramente el Tribunal ad quo en los siguientes términos:

“Análisis de los hechos exceptivos

“Apoya el ejecutado los hechos en que funda las excepciones en los siguientes comprobantes: a) en unas relaciones de cheques expedidos por Villamizar Hermanos ‘para el pago de los derechos sobre el consumo del tabaco, durante el año de 1934, y los once primeros meses del año 36’, girados a favor de las Rentas de Cundinamarca y a cargo del Banco Alemán Antioqueño (fl. 1 y 2 de este cuaderno); y b) En una relación de cheques expedidos por el Banco Alemán Antioqueño, en la que aparece que todos los cheques anotados en la relación de Villamizar Hermanos a que se refiere el numeral anterior, fueron pagados por dicho Banco en la forma en ella indicada.

“Como fácilmente puede apreciarse por la narración de los hechos exceptivos, la defensa propuesta tiene relación íntima, vinculación estrecha con las cuestiones que fueron sometidas a la revisión y estudio del Tribunal Administrativo de Bogotá.

“En efecto. Las relaciones de cheques que ahora presenta para sustentar su defensa el ejecutado, las de Villamizar Hermanos, figuraron en la actuación que revisó y decidió aquella Superioridad, y no a manera de extracto incompleto como las que ahora aduce (año de 34 y once primeros meses de 36), sino en forma integral (julio de 1931 a noviembre de 1936), y comprendiendo además otras formas de pago, distintas de los cheques (folios 65 a 111 del cuaderno principal).

“La sentencia del Tribunal Administrativo obra a folios 202 a 207 del cuaderno principal, lo cual implica necesariamente que dicha entidad tuvo que apreciar y calificar el valor probatorio de tales descargos al proferir su fallo, máxime si se considera que dichas relaciones sirvieron de fundamento a la Contraloría para deducir el alcance y dictar el auto de fenechimiento que reformó aquella Superioridad a virtud del recurso de alzada interpuesto por el responsable señor Canales

Gómez”. (Fl. 15 del cuaderno número 2 de excepciones).

Se tiene, en síntesis, que el ejecutado trata de reducir el alcance deducido legalmente en un proceso administrativo alegando hechos que fueron propuestos en el respectivo juicio de cuentas, o en otras palabras, las excepciones se encaminan a la revisión por la justicia ordinaria de un fallo administrativo.

Sobre este asunto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, ha sentado la siguiente doctrina que cita el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y que fija límites entre la jurisdicción ordinaria y la administrativa:

“Será posible ante la justicia ordinaria examinar y decidir acerca de la misma materia que ya fue fallada y sentenciada por lo contencioso administrativo? O, en otros términos, podrá hoy la Corte revisar el fallo del Consejo de Estado, desconociendo su contenido a base de nuevos factores probatorios que una inhábil defensa no supo aprovechar en el debate ante dicha entidad?

“De ningún modo. Ello sería atentatorio del carácter de cosa juzgada de que están revestidas las sentencias de los tribunales administrativos, consagrado por el artículo 93 de la ley orgánica de la jurisdicción contencioso-administrativa.

“Esta disposición se explica, porque los tribunales administrativos ejercen también funciones judiciales, desde luego que su misión consiste en una revisión judicial de los actos administrativos. De ahí que la jurisdicción contenciosa-administrativa, según lo enseña la doctrina, constituye esencialmente una rama de la jurisdicción, del mismo rango de la jurisdicción civil o penal. De manera que sus decisiones son acreedoras al respeto que se tributa a las de los jueces civiles o penales. La cosa juzgada en la jurisdicción administrativa obedece al mismo principio que la impone en las otras jurisdicciones y persigue idéntico interés de seguridad jurídica: lo que haya sido juzgado una vez no debe volver a ser objeto de actuación.

nes procesales. La relaciones de las partes entre sí, quedan ordenadas en definitiva por la sentencia ejecutoriada, de tal manera que es imposible provocar de nuevo la discusión sobre la cuestión de hecho o derecho, porque eso se iría contra la estabilidad de las relaciones jurídicas y la seriedad de las decisiones del órgano del poder público encargado de desatar los litigios entre los particulares o entre los particulares y el Estado.

“En ningún orden de decisiones con autoridad de cosa juzgada ésta se quiebra para darle entrada a un nuevo proceso ante la consideración de mejorar la posición defensiva del reo mediante el aporte de nuevos elementos probatorios que hagan cambiar el resultado del primer fallo. Porque este motivo de orden sentimental iría a fomentar la negligencia de las partes con respecto al cumplimiento de la obligación legal y moral que sobre cada una de ellas pesa de presentarle al juez todos los elementos de convicción necesarios que estén al alcance. Negligencia que daría base para sucesivos e indefinidos litigios que harían completamente nugatoria la administración de justicia.

“El recurso de revisión de sentencias ejecutoriadas en materia civil (artículo 542 del C. J.), se funda sobre casos de excepcional gravedad, en que la parte interesada ha estado jurídicamente imposibilitada para defenderse y que en manera alguna le dan entrada a una deficiente defensa en el primer litigio: se trata siempre de circunstancias que han sobrevenido después del fallo y que por ende no pudieron entonces ser conocidas ni alegadas.

“Entre nosotros no existe el recurso de revisión por parte de la justicia ordinaria de sentencias pronunciadas por los tribunales de lo contencioso-administrativo. Al contrario, el artículo 93 del Código Contencioso (Ley 130 de 1913) expresamente le veda a los tribunales ordinarios revisar los fallos de aquellos tribunales. Esto tiende a conservar el funcionamiento armónico y ordenado de dos jurisdic-

ciones distintas que operan cada una en su respectiva órbita, y que no se interfieren sino en los casos en que por necesidades de distinto orden el legislador lo permite”.

Cabe observar, sin embargo, que por la naturaleza misma de los juicios administrativos de cuentas, los fallos que en ellos se dicten pueden, por regla general, ser revisados por la entidad competente, siempre que se cumplan determinadas situaciones jurídicas o de hecho, que hacen necesaria una nueva consideración del proceso administrativo, sobre todo cuando se manifiesta evidentemente el error en que se haya incurrido.

Acorde con este orden de ideas, el artículo 78 de la Resolución reglamentaria número 248 de 1940 de la Contraloría General de la República, prescribe:

“La Contraloría puede reconsiderar y revocar o reformar autos de fenecimiento con alcance, aun después de pronunciada su ejecutoria y del envío de las piezas conducentes al Juzgado de Ejecuciones Fiscales, a pedimento de los interesados, y oficiosamente, sobre la base de documentos adquiridos con posterioridad a la época en que se dictaron tales autos. Para el ejercicio de esta facultad, en los dos casos aquí contemplados, se requiere lo siguiente:

a) Que los documentos, comprobantes o actuaciones suministrados por los interesados acrediten fehacientemente hechos nuevos capaces de modificar la situación que se confrontó al deducir el alcance primitivo o a reducir su cuantía, mediante recursos de reposición anteriores;

b) Que aun cuando los documentos, comprobantes y actuaciones de que trata el numeral anterior, hubieren obrado en el juicio con anterioridad a la ejecutoria de los autos de alcance, no se hubieran tenido en cuenta para nada, por cualesquiera causas, por la entidad juzgadora de primera instancia;

c) Que los propios documentos, comprobantes y actuaciones se hubieren enviado a la Contraloría por el responsable de

la cuenta después del ejercicio de la segunda instancia por el Consejo de Estado, y por consiguiente no se hubieren tomado en consideración por esa entidad al confirmar o reformar el alcance.

“Parágrafo. Las razones de derecho y toda otra apreciación desprovista de documentos probatorios, tendientes tan sólo a modificar a los argumentos y conclusiones de las oficinas juzgadoras de primera y segunda instancia, no dan base a la revocatoria o reforma de alcances, y por tanto dichas razones y apreciaciones imponen la subsistencia de los cargos pecuniarios, mediante providencias que expresen con claridad y precisión la circunstancia de no haberse hecho valer nuevos hechos no discutidos en el juicio”.

Aunque esta norma no se halle consagrada en las Ordenanzas departamentales, es tan general y tan justo el principio, que el Contralor departamental no puede menos que acatarlo.

De todo lo cual se concluye, que si el

ejecutado cree que puede hacer valer hechos que no fueron considerados, por haber acaecido con posterioridad al fallo, expedito le queda el camino de la justicia administrativa, por el que posiblemente encuentre la rectificación que busca.

Por otra parte, si se trata de error puramente aritmético, en cualquier tiempo, y aun de oficio, éste debe corregirse por la entidad que dictó el fallo correspondiente.

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 fallo objeto de la presente alzada.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srío. en pdad.

NO HAY LUGAR A ACLARAR EL FALLO DE FECHA 19 DE FEBRERO DE 1941

Los fallos judiciales deben interpretarse armónicamente, sin desconocerse los fundamentos aducidos en la parte motiva, cuando ellos constituyen los supuestos necesarios de la resolución judicial.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, marzo veinticinco de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

El señor Procurador Delegado en lo Civil y el doctor Carlos A. Torres Pinzón, en calidad este último de representante del señor Roberto Peña, piden, aclaración de la sentencia que puso fin al juicio sumario surtido de la oposición a la propuesta de contrato del señor Roberto Peña para explorar y explotar petróleo en terreno ubicado en la región de Floresanto, en los municipios de Montería y Turbo, Departamentos de Bolívar y Antioquia. La solicitud se ha hecho dentro del término señalado en el artículo 482 del C. J. y procede su consideración por la Sala.

Para sustentar la solicitud se expresan así:

“El objeto del juicio es excluir del contrato los terrenos que tengan titulación que acredite propiedad privada y esto solamente se logra mediante la determinación precisa del terreno particular cuando, como en el caso presente los títulos de propiedad sólo abarcan una pequeña extensión dentro del área total de la propuesta.

“En la propuesta hecha por el señor Peña se advirtió que dentro del lote solici-

tado estaban incluidos los títulos de las mismas materias de la oposición posterior de la compañía explotadora de petróleos con la salvedad de que no era posible la identificación sobre el terreno.

“Para remediar esta anomalía se llevó a efecto un dictamen pericial que fue acogido por la Corte en la parte motiva de la sentencia pero no en la resolutive, en la que tan sólo se declara procedente la oposición referente a las minas citadas por sus nombres, pero sin hacer referencia ni a su cabida, ni a los puntos de partida que sirven para localizarlos, ni a sus linderos. Esta omisión ocasiona duda sobre si la Corte aceptó en todas sus partes el dictamen de los peritos o si se reservó el aceptarlo en cuanto se refiere a la localización sobre el terreno de las minas en cuestión, y en cuanto al área de ellas incluida dentro de los linderos de la propuesta.

“En los títulos de las minas se halla la descripción de los linderos y su cabida pero como a este respecto nada se dice en la sentencia ello ocasiona confusión y duda, puesto que los peritos indican varias superposiciones que restan superficie al área total de la oposición presentada. No se sabe, pues, si la cabida que se ha de descontar de la propuesta es la que rezan los títulos de las minas o la que indican los peritos, pues al mencionar la Corte las minas por sus nombres únicamente, queda la duda al respecto.

“También es importante lo anterior para efectos del cumplimiento de la sentencia puesto que el contrato propuesto se refiere a 44,954 hectáreas y la Corte al no precisar en la sentencia los puntos anotados deja la duda de si el Ministerio deba o no archivar la propuesta para

encontrar la Corte que el título privado abarca toda el área de la propuesta o continuar su tramitación sobre la parte del terreno que no está titulado en favor de particulares. Es decir, queda la duda de que si con una oposición de 7,200 hectáreas se saca del comercio un lote de 44,954 hectáreas, o si el saldo se puede contratar y explotar mediante un contrato celebrado con la Nación.

“En resumen, os pido, señores Magistrados, que aclaréis la sentencia indicando en ella, no sólo los nombres de las minas cuyos títulos habéis aceptado, sino también su cabida, linderos y localización sobre el plano”.

Se considera:

El fallo cuya aclaración se pide tenía por objeto decidir si era fundada o no la oposición de la Compañía Explotadora de Pefróleos, S. A., sobre determinadas minas adjudicadas a la sociedad demandante durante la vigencia del artículo 112 del C. Fiscal, a fin de que se excluyesen tales minas del área total a que se refiere la propuesta de Roberto Peña.

Los opositores acreditaron el hecho de la adjudicación y el estar los lotes de terreno de las minas adjudicadas dentro del área de la propuesta.

En esas circunstancias la Sala debía declarar fundada la oposición, por haberse demostrado propiedad privada sobre el petróleo que puede haber en dichas minas.

Dicen los peticionarios que el dictamen pericial producido en el juicio fue acogido en la parte motiva de la sentencia pero no en la resolutive, en la que sólo se declara procedente la oposición acerca de las minas citadas por sus nombres, pero sin hacer referencia a su cabida, ni a los puntos de partida que sirven para localizarlos ni a sus linderos. Es natural entender que la parte resolutive de un fallo es la conclusión lógica de las premisas sentadas en su parte motiva. Si se declaró fundada la oposición sobre las minas especificándolas por sus nombres en la parte resolutive, sobraba toda otra con-

sideración en ella, ya que en los títulos de las minas se halla la descripción de sus linderos y su cabida. Los fallos judiciales deben interpretarse armónicamente, sin desconocerse los fundamentos aducidos en la parte motiva, cuando ellos constituyen los supuestos necesarios de la resolución judicial.

Los peritos, cuyo dictamen uniforme constituye para la Corte plena prueba, hicieron la localización de las minas sobre el terreno, guiándose, como es obvio, por las especificaciones de sus títulos. Según sus conclusiones, los lotes de las minas quedan situados dentro del de la propuesta, habiendo entre una y otras superposiciones, lo cual es un fenómeno natural y corriente en esa clase de adjudicaciones.

Al presentar el señor Peña su propuesta de contrato advirtió que ella debía comprender el globo general que alindera menos las áreas de las minas adjudicadas en ese perímetro. El proponente del contrato no afirmó entonces ni lo sostiene ahora que una determinada ubicación dentro del globo general sea o deba ser la de cada una de las minas adjudicadas. Para ilustrar ese punto se verificó la intervención de los peritos. Ellos de común acuerdo, localizan las minas, y de la localización resultan algunas superposiciones, las que no tienen por qué alterar en modo alguno la relación entre los derechos de los titulares de las minas con los de la nación, ejercitados estos últimos mediante la celebración de un contrato para explotar petróleo. Si una mina invade el todo o una parte del área que corresponde a otra, ello implica posibles diferencias entre los titulares de las adjudicaciones, que no es el caso de solucionar en el presente fallo.

Lo que sí aparece como verdad en el juicio es el hecho que verificaron los peritos al hacer la localización de las varias minas: que ellas abarcan las porciones de terreno marcadas en el plano elaborado por los expertos, con superposiciones o sin ellas, según la mina de que se trate y que la extensión total reconocida por el dicta-

men para todas las minas, con base en la localización que se hizo, es el área que debe restarse del globo general a que se refiere la propuesta de contrato. Así lo entendió la Sala y ello aparece naturalmente del fallo cuya aclaración se pide.

Dicen los solicitantes que el fallo deja la incertidumbre de si la propuesta puede seguirse tramitando circunscrita al resto del terreno que no está titulado a favor de particulares, o si ella impide totalmente la prosecución de la propuesta.

La Corte no encuentra motivo alguno de duda al respecto. El fallo recayó sobre la oposición de la Compañía Explotadora de Petróleo, S. A., que alegaba derechos sobre determinadas minas, especificadas en sus títulos, y la declaró fundada. Por

qué va a darse una interpretación extensiva a un fallo especialmente concreto en sus alcances y por la naturaleza propia al juicio? Claro está que si la oposición no comprendió todo el lote referente a la propuesta, ésta puede proseguirse por el resto. Sobre tal diferencia no se formuló oposición, luego en manera alguna el fallo podía comprenderla. Esto es obvio, y no tiene por qué ser aclarado.

Por lo expuesto, se resuelve: No es el caso de hacer las aclaraciones que se solicitan en relación con el fallo mencionado.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en pdad.

PERJUICIOS—AGENTES DEL MINISTERIO PÚBLICO — SU CONFESION EN JUICIO

1. Si bien es cierto que los Agentes del Ministerio Público no pueden comprometer con sus confesiones a las entidades de derecho público que representan, ello no significa que ese principio debe llevarse hasta el extremo de anular completamente la potestad de representación judicial que los mismos funcionarios tienen de dichas entidades, que es otro principio legal, de tanta importancia como el primero, con el cual debe armonizarse. La representación exige, para que el proceso tenga eficaz desarrollo, que la actividad del Agente vincule al demandado; y así es como un Fiscal contesta la demanda, escoge los factores probatorios que estime más eficaces, interpone o no recursos, alega o deja de alegar. En esta libre elección de los medios de ataque o de defensa por parte del funcionario respectivo, va envuelta, como es obvio, la facultad de comprometer el interés de la entidad representada sin que con ello se entienda quebrantado el principio de que las confesiones del representante no perjudican a aquella, a pesar de que muchas veces el interés del municipio, del departamento o de la Nación resulte comprometido con el simple silencio de su vocero. Lo cual es así porque en el adelantamiento y tramitación de los asuntos judiciales civiles los Agentes del Ministerio Público, según el artículo 169 del C. J., se asimilan a apoderados judiciales, con las únicas restricciones que la misma ley establece.

2. Con relación a hechos colatera-

les de la acción, el principio de que las confesiones de los Agentes del Ministerio Público no perjudican a las entidades de derecho público que ellos representan en los juicios, se subordina al de que dichos Agentes en los mismos juicios se asimilan a apoderados judiciales. De lo contrario sería muy difícil demandar a las entidades públicas, ya que el derecho por más justo y documentado en sus elementos esenciales que se presentase, estaría siempre expuesto a fracasar, por la falta de comprobación de cualquier detalle por mínimo que fuese.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, marzo veintiséis de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El señor Juvenal Botero demanda judicialmente al Departamento de Antioquia para que se le condene al tenor de las siguientes prestaciones:

1ª Que está en la obligación de pagarle al demandante los perjuicios que éste recibió de la empresa del Ferrocarril de Antioquia, con motivo del incendio ocasionado por una máquina de dicha empresa, ocurrido el día veintidós de febrero de 1938 en la finca denominada "California", situada en el paraje "Cristalina" del municipio de Puerto Berrío, dentro de los potreros denominados "Santa Cruz" y "El Mangón", perteneciente la finca al demandante; 2ª Que tales perjuicios ascen-

dieron a la cantidad de dos mil pesos; 3º Que esta cantidad o la que se fije por peritos en el curso del juicio debe pagarla el departamento de Antioquia al actor dentro del término legal, una vez ejecutoriado el fallo.

Afirma el demandante que el departamento de Antioquia le debe la indemnización por el incendio ocurrido en su calidad de dueño de la empresa; y como hechos sustentatorios de la acción fija los siguientes:

a) Que es dueño de la finca denominada "California" en el paraje de "Cristalina", del municipio de Puerto Berrío, teniéndola destinada especialmente al engorde y cría de ganados, con pastos artificiales de pará, india y yaraguá; b) Que de la mencionada finca hacen parte los potreros denominados Santa Cruz y El Mangón que colindan con la línea del ferrocarril; c) Que el potrero de Santa Cruz tiene una extensión aproximada de ochenta cuadras, y El Mangón unas sesenta; d) Que en el primero se cebaban setenta novillos y cincuenta en el segundo; e) Que el 22 de febrero día en que ocurrió el incendio los potreros mencionados estaban en muy buen estado; f) que para evitar las malezas y rastrojos en los potreros quemados, se vio obligado a comprar trescientos sesenta kilos de yerba yaraguá al precio de \$ 0.30 cada uno; g) Que el incendio en los mencionados potreros lo obligó a desocuparlos y a hacer crecidos gastos para el conveniente arreglo de los mismos; y h) Que los alambrados fueron destruidos totalmente y los estacones se perdieron en una extensión aproximada de treinta cuadras.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín competente para conocer del pleito corrió traslado de la demanda al señor Fiscal en representación del departamento; este funcionario la contestó negando que la empresa del ferrocarril hubiera causado el incendio a que alude el actor, y fundado en ello se opone a que se hagan las declaraciones impetra-

das por el demandante contra el departamento.

Agotada la sustanciación de rigor de la primera instancia, en que hubo término de prueba, aprovechado igualmente por las dos partes, el tribunal en sentencia de 17 de noviembre de 1939 falló el negocio condenando al departamento de Antioquia a pagar al actor la cantidad de mil pesos (\$ 1,000.00), en calidad de perjuicios ocasionados durante el incendio de que da cuenta la demanda.

Este fallo fue apelado tanto por el demandante como por el fiscal del tribunal; el expediente vino a la Corte para sustanciar la segunda instancia, la cual está debidamente preparada, con audiencia del señor Procurador delegado en lo civil.

En esta segunda instancia no hubo término de prueba.

Para resolver se considera:

Con el ánimo de acreditar los hechos fundamentales de la demanda, el actor adujo dentro del término probatorio de la primera instancia las siguientes pruebas:

a) Declaraciones de los señores Sebastián García, Francisco Cortés, Marcos Sánchez y Benjamín Posada M. (folios 20, 21, 22 y 23 del C. principal), quienes están acordes en afirmar lo siguiente: 1º que conocen directa y personalmente la finca y potreros a que la demanda se refiere, los cuales colindan con la línea del Ferrocarril de Antioquia; 2º que les consta, por haberlo visto, que el 22 de febrero de 1938 los referidos potreros del actor se encontraban en muy buen estado, con pastos suficientes, pues en el de Santa Cruz pastaban setenta novillos y cincuenta en el de El Mangón; 3º que en la fecha indicada en el punto anterior el verano en toda la región era demasiado intenso; 4º que para esa misma fecha estaba completamente cubierta de rastrojo y malezas la calle abierta por el ferrocarril de Antioquia y que separa la carrilera de los potreros del demandante; 5º que ese mismo día, como a las dos y media de la tar-

de, pasó por frente a los potreros una de las máquinas del ferrocarril de Antioquia, de las que emplean el carbón como combustible, arrojando gran cantidad de chispas; 6º que las chispas que arrojaba la referida máquina prendieron fuego a los rastrojos y malezas existentes en la calle abierta por el ferrocarril, produciéndose el consiguiente incendio, el cual se propagó rápidamente a los potreros del señor Botero; 7º que a consecuencia del incendio los pastos de los potreros del demandante se quemaron totalmente, lo mismo que las cercas de alambre en una extensión aproximada de treinta cuadras, todo lo cual ocurrió a pesar de los desesperados esfuerzos que realizaron el señor Botero y sus trabajadores con el fin de dominar el fuego, el cual sólo terminó después de un fuerte aguacero, como a la una de la mañana; 8º que por razón del incendio, el demandante se vio obligado a trasladar los ganados a otros lugares, traslado que se efectuó en forma desesperada y con graves trastornos para el señor Botero, quien tuvo que pagar la suma de \$ 20 mensuales por el pastaje para cuarenta novillos en Maceo; y 9º que el demandante sembró de nuevo los potreros en referencia, comprando para tal efecto setecientos kilos de pasto yaraguá, a razón de treinta centavos el kilo, y se vio obligado también a reconstruir las cercas de alambre destruidas.

b) Por medio de la inspección ocular practicada con la intervención de peritos el 18 de junio de 1938, se constató que los potreros de Santa Cruz y El Mangón están dentro de los linderos de la finca California, de propiedad del actor. Por su parte los peritos, después de recorrer la zona de terreno en que ocurrió el incendio, llegaron de modo uniforme a las siguientes conclusiones: 1ª que en los potreros del demandante existían señales de haber sido destruidos a consecuencia de un incendio; 2ª que los potreros se quemaron en toda su extensión, incluso las cercas de alambre, en unas veinte cuadras de extensión; 3ª que el potrero San-

ta Cruz mide cincuenta cuadras de extensión, con cabida para cuarenta novillos de engorde, y El Mangón mide treinta cuadras, con cabida para cuarenta reses de levante; 4ª que la distancia entre la carrilera del ferrocarril y los potreros mencionados fluctúa entre quince y veinticinco metros, observando los peritos que la calle abierta entre la carrilera y los potreros, que mide un metro aproximadamente, no fue suficiente para impedir la propagación del fuego a la finca aldeaña; 5ª que a consecuencia del incendio los potreros quedaron inutilizados "para el engorde de ganados, lo están todavía y lo estarán por espacio de un año para volver a ponerse en estado de recibir ganados para ceba, en lo que se refiere al potrero Santa Cruz; y en cuanto se refiere al potrero de El Mangón quedará inutilizado por el mismo espacio de tiempo para recibir ganados de levante"; 6ª que si la calle abierta por el ferrocarril entre la carrilera y los potreros del señor Botero se hubiera mantenido libre de rastrojos y malezas, se habría evitado el incendio por causa de las chispas producidas por las locomotoras, siempre que tales chispas no sean transportadas por el viento pasando por encima de la calle; y 7ª que los perjuicios ocasionados al demandante, por el incendio en mención, valen, por lucro cesante y daño emergente, la suma de \$ 3,200; y

c) Declaraciones de Arturo Betancourt, Efraín Mejía y Emilio Montoya, quienes afirman haber tenido conocimiento de que el 22 de febrero de 1938 ocurrió un incendio en finca del señor Juvenal Botero, situada en el paraje de Cristalina, del municipio de Puerto Berrío (folio 16 del C. principal).

La defensa del departamento limitóse a traer al proceso las declaraciones de Miguel Mejía, Lázaro Peña y Lisandro Vallejo, el primero de los cuales se refiere a otro incendio ocurrido en la hacienda Los Angeles; el segundo ignora cuándo tuvo lugar el incendio de los potreros

de California; y el tercero no sabe en qué sitio se produjo el incendio.

Son declaraciones, que por consiguién-
te nada acreditan.

El señor Procurador delegado en lo civil como única razón en favor del departamento alega que en el proceso no aparece que el demandado sea dueño de la empresa del ferrocarril de Antioquia, siendo la prueba de ese hecho, fundamental para declarar responsable civilmente al departamento. Y si bien fue cierto que ni en la primera ni en la segunda instancia se ha controvertido ese hecho, ello no significa que se deba tener por demostrado, pues ni aun las confesiones explícitas de los Agentes del Ministerio Público "pueden perjudicar a las entidades de derecho público a quienes judicialmente representan, muchísimo menos podrá hacerlo su aquiescencia tácita a hechos fundamentales de la acción que deben recibir prueba directa durante el proceso".

Se considera:

Es cierto que en el juicio no figura la prueba directa de que el llamado ferrocarril de Antioquia, que ocasionó el incendio en los potreros del demandante Botero sea dueño de ese bien.

Empero, no obstante esa circunstancia, tal calidad es hoy dentro del proceso un hecho incontrovertible. El departamento fue llamado a juicio con esa calidad, que se le atribuyó en la demanda. No la discutió, ni la puso en tela de juicio. Al contrario, sobre esa base discutió su responsabilidad, tratando de negar que el incendio hubiera sido ocasionado por el ferrocarril. Es ya en el alegato de última instancia, cuando el señor Procurador plantea la cuestión, pero no negando que el departamento sea dueño de la empresa, sino que se ha dejado de traer la prueba del hecho. La negación es más bien de alcance adjetivo que sustantivo. En el fondo el señor procurador tampoco controvierte, pues, la calidad de dueño de la entidad que está representando.

Si bien es cierto que los agentes del mi-

nisterio público no pueden comprometer con sus confesiones a las entidades de derecho público que representan, ello no significa que ese principio debe llevarse hasta el extremo de anular completamente la potestad de representación judicial que los mismos funcionarios tienen de las dichas entidades, que es otro principio legal, de tanta importancia como el primero, con el cual debe armonizarse. La representación exige, para que el proceso tenga eficaz desarrollo que la actividad del agente vincule al demandado; y así es como un fiscal contesta la demanda, escoge los factores probatorios que estime más eficaces, interpone o no interpone recursos, alega o deja de alegar. En esta libre elección de los medios de ataque o de defensa por parte del funcionario respectivo, va envuelta como es obvio la facultad de comprometer el interés de la entidad representada sin que con ello se entienda quebrantado el principio de que las confesiones del representante no perjudiquen a aquella, a pesar de que muchas veces el interés del municipio, del departamento o de la nación, resulte comprometido con el simple silencio de su vocero. Ello es así porque en el adelantamiento y tramitación de los asuntos judiciales civiles, los agentes del ministerio público, según el artículo 169 del código judicial, se asimilan a apoderados judiciales, con las únicas restricciones que la misma ley establezca.

De consiguiente, como en cualquier proceso civil entre particulares, en los que actúan en calidad de demandantes o demandadas entidades de derecho público, rige también el principio dispositivo, de controversia o contradicción que gobierna todo nuestro procedimiento civil, que deja a la iniciativa y responsabilidad de las partes la carga de proporcionarle al juez los elementos de la sentencia, mediante la demanda, la contestación, las pruebas y alegaciones escritas u orales. Resultando de ello, según la doctrina de la sentencia de casación de 31 de mayo de 1938, *Gaceta Judicial*, Tomo 46, página

15, que el juez debe abstenerse de declarar hechos no alegados ni discutidos por las partes, los cuales son para él verdades incontrovertidas. Salvo naturalmente aquellos hechos referentes a los llamados resupuestos procesales, o en que la ley exige prueba solemne por ser inadmisibles el asentimiento de las partes.

Y aun en tratándose de esta última clase de hechos, la jurisprudencia establece, en muy buen sentido, que si ellos no se discuten en la acción como cuestión principal, sino más bien por su carácter de circunstancias colaterales del derecho inocado, basta el acuerdo de las partes litigantes acerca de la efectividad de su realización. Así quien reivindica un inmueble, adquirido a título de donación, herencia o venta, está obligado a exhibir el respectivo título comprobatorio de su derecho. Sería insuficiente el asentimiento del demandado. Pero si la calidad de dueño se postula, no para discutir directamente el dominio, sino para reclamar una indemnización de perjuicios, entonces es suficiente el asentimiento de las partes respecto de esa calidad, porque reviste el carácter de finalidad secundaria. Lo que se controvierte en forma directa es la responsabilidad del demandado, el hecho culposo, origen y fundamento de la acción personal instaurada, y en manera alguna, el derecho real e dominio.

Cree la Sala que con relación a esta clase de hechos colaterales o secundarios de la acción, el principio de que las confesiones de los agentes del ministerio público no perjudican a las entidades de derecho que ellos representan en los juicios, se subordina al de que dichos agentes en los mismos juicios se asimilan a apoderados judiciales. De lo contrario, sería muy difícil demandar a las entidades públicas, a que el derecho por más justo y documentado en sus elementos esenciales que se presentase, estaría siempre expuesto a acasar, por la falta de comprobación de cualquier detalle por mínimo que fuese. Todo, absolutamente todo, debería com-

probarse particularmente, cual si aun el menor detalle de la acción fuera el objeto esencial del proceso. Quedarían así aquellas entidades colocadas en una situación general de privilegio, para litigar, siendo así que para ellas los privilegios son limitados. El mismo señor procurador reconoce que dichas entidades "desde que comparecen en juicio civil con particulares, son personas de derecho civil (personas jurídicas) respecto de las cuales rigen, salvo excepciones legales limitadas, las mismas normas que gobiernan la actividad jurídico-procesal de las personas particulares".

Con respecto al monto de la indemnización son aceptables las siguientes ideas del tribunal, contenidas en la sentencia en revisión, las cuales por lo tanto se acogen, tanto más cuanto el demandante expresamente manifiesta que está de acuerdo con ellas:

"Se observa que el demandante estimó en la demanda los perjuicios sufridos en la suma de dos mil pesos, y que los peritos lo apreciaron en tres mil doscientos. Si se tuviera en cuenta este dictamen se entraría a fallar ultra petita. Por ello no se podrá acceder sino a lo pedido.

"Se ve también que el demandante pidió para él exclusivamente, y de los certificados aportados al negocio se observa que las mejoras, que no la tierra porque ellas están situadas en terrenos baldíos que aún no han sido adjudicados, pertenecen por igual a él y a la señorita María Teresa Botero. Verdad es que el comunero puede pedir para la comunidad pero expresándolo así inequívocamente, en la demanda, y ya se dijo que Juvenal Botero pidió sólo para él. Pero como sí probó que es dueño de la mitad de las mejoras lo más justo y acorde con la realidad jurídica es reconocerle la mitad de lo pedido por no aparecer autorización de su condueño para recibir, lo que a ella puede pertenecer por el daño que le fue ocasionado, y además como ya se expresó,

por no haber demandado para la comunidad".

La acción está así plenamente demostrada. Por ello la sala de negocios generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada

dictada en el presente juicio ordinario, el 17 de noviembre de 1939.

Sin costas.

Publíquese, 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. en pdad.



SE REVOCA EL AUTO APELADO

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, marzo veintisiete de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapia Pilonieta).

Con referencia al juicio ordinario que ante el tribunal superior del distrito judicial de Bogotá promovió el doctor Carlos H. Pareja contra la nación, y particularmente al recurso de apelación interpuesto por el actor contra el auto de fecha 27 de noviembre del año próximo pasado, la sala considera:

Por medio de la providencia apelada el tribunal declaró nulo todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda. La razón fundamental de esa resolución es la siguiente:

“El demandante, se coloca en la hipótesis de la existencia de un contrato celebrado con la Nación demandada al cual quiere hacer producir sus efectos, por incumplimiento del mismo.

“La existencia del contrato debe ser estudiada como cuestión previa en el fallo para deducir las consecuencias a que hubiere lugar, pero el Tribunal carece de jurisdicción para ello a términos del artículo 40 del código judicial, según el cual es la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema de Justicia, la que conoce de las controversias sobre contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquiera entidad o persona, aunque la Nación haya transferido en todo o en parte sus derechos.

“De lo anterior se deduce la incompetencia para conocer de esta acción por parte del Tribunal, que debe, por lo mismo, decretar la respectiva nulidad, ya

que la proveniente de falta de jurisdicción es improrrogable”.

El señor procurador delegado en lo civil, al descurrir el respectivo traslado, refuta los anteriores razonamientos del tribunal con estas tinosas observaciones:

“A juicio del suscrito no tiene razón el Tribunal en tal apreciación. Si se examina la demanda, así en la súplica como en la relación de la causa petendi, se encontrará que ésta no es otra que el haberse girado por empleados de la Nación los cheques a que el demandante se refiere, y el no haber sido pagados tales cheques, en virtud de orden posterior del Gobierno.

“Pero el solo acto de girar un cheque no comporta la celebración de un contrato. De tal suerte que si el cheque no es cubierto y se plantea por tal causa una controversia entre girador y beneficiario, no podrá decirse que ella provenga de la celebración de un contrato.

“Es preciso no confundir el acto del giro, en sí mismo considerado, con el contrato preexistente de que el giro puede ser efecto. El giro de los cheques de que se trata pudo ser efecto, acto de cumplimiento o desarrollo de un contrato anterior. Pero el actor no demanda con causa en aquel posible contrato, sino en el acto del giro seguido del no pago.

“Las disposiciones legales que el demandante cita en apoyo de su acción tampoco dan margen para sostener que la controversia tiene por causa un pretendido contrato. Verdad que se invocan los artículos 1617 y 1626 y siguientes del código civil. Pero tales disposiciones regulan los efectos de las obligaciones civiles en general, sin limitar su radio de aplicación a las que tengan su origen en un contrato. Y bien se sabe que no sólo los contratos son fuentes de obligaciones que

en sus efectos se rijan por las normas legales que cita el demandante".

Los precedentes razonamientos del señor procurador delegado justifican con creces la petición que él hace de revocatoria del auto materia de la apelación.

Y para poner aún más de relieve lo equivocado del concepto básico del tribunal, la sala agrega esta otra consideración:

El demandante pide, a título de tenedor legítimo, que se condene a la nación al pago de la suma de \$ 1,200.00 e intereses, proveniente del valor de tres cheques girados por el cajero pagador de la carretera Quibdó-Itsmina y a cargo del Banco de la República, no pagados por orden posterior del gobierno.

Se trata, pues, de hacer efectivo el valor de tres instrumentos negociables, que al tenor de lo dispuesto por los artículos 128 y 186 de la ley 46 de 1923 constituyen órdenes incondicionales de pago, cuya eficacia jurídica no está por lo mismo necesariamente subordinada a las estipulaciones de la transacción que haya dado origen al respectivo instrumento. En tales circunstancias lo primero que debe definirse es el derecho del actual tenedor y

la correlativa obligación del girador de los cheques, siendo por lo tanto cuestión secundaria el estudio de la convención originaria de aquéllos. Y como la definición de las relaciones jurídicas existentes en la actualidad entre el tenedor demandante y la nación constituyen precisamente una de las "cuestiones de derecho privado" a que se refiere el artículo 76 del código judicial, resulta entonces indiscutible la competencia del tribunal para entrar a decidir sobre el fondo de este litigio.

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, REVOCA el auto apelado de fecha 27 de noviembre de 1940, y en su lugar resuelve que el tribunal superior de Bogotá falle 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, Srio. en pdad.



RECURSO CONTENCIOSO DE PLENA JURISDICCION

Ordenar la indemnización de los perjuicios, cualquiera que sea su cuantía y cuando así se solicite, causados con motivo de un acto injusto de la administración que se ha declarado nulo, está dentro de la atribución que tiene el Contencioso Administrativo de restablecer el derecho violado. Ese es el pensamiento que animó al legislador en la expedición de la ley 80 de 1935, artículo 4º. Así lo tiene resuelto la jurisprudencia administrativa.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, marzo veintiocho de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Juan A. Donado V.)

El doctor Ulises Rojas, como apoderado de Manuel José Bohórquez, demandó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja al Departamento de Boyacá para que fuese condenado, previos los trámites de un juicio ordinario, "al pago de los sueldos a razón de cincuenta y dos pesos (\$ 52.00) mensuales, que mi mandante dejó de devengar como maestro de escuela, en el tiempo comprendido entre el seis de julio de mil novecientos treinta y ocho en que por Decreto número 318 del gobierno de Boyacá fue destituido del cargo de director de la escuela urbana de varones número 2º del municipio de Tibaná, y el nueve de noviembre del mismo año en que por Decreto número 518 de la misma entidad fue restablecido en su empleo". Y en subsidio, que se condenara al citado Departamento "a la indemnización

de los perjuicios avaluados por peritos, ocasionados a mi mandante por la destitución ilegal del citado empleo de maestro de escuela de Tibaná, de que dicho gobierno se hizo civilmente responsable por violación de disposiciones legales al dictar el decreto de destitución".

Se alegaron como hechos fundamentales de la acción los siguientes:

"PRIMERO. Mi mandante señor Manuel José Bohórquez, por Decreto número 65 de 9 de febrero de 1938, fue nombrado maestro en propiedad de la escuela urbana de varones número 2º del municipio de Tibaná, cargo del cual tomó posesión, devengando un sueldo de \$ 52.00 mensuales.

"SEGUNDO. Por Decreto 318 de 6 de julio de 1938, emanado del Gobierno de Boyacá, se destituyó ilegalmente a mi poderdante del cargo que venía desempeñando.

"TERCERO. El Tribunal Contencioso Administrativo de Tunja por sentencia ejecutoriada y registrada de fecha 24 de octubre pasado, declaró nulo por ilegal el decreto de que trata el punto anterior y ordenó al Gobierno de Boyacá, restituyera a mi mandante en las funciones del empleo para que había sido nombrado por el Decreto número 65 ya citado.

"CUARTO. El Gobierno de Boyacá no ha reconocido ni pagado a mi mandante los sueldos como maestro de la escuela urbana de varones de Tibaná en el tiempo comprendido entre el 6 de julio y el 9 de noviembre de 1938, día en que por Decreto número 518 expedido por el Gobierno de Boyacá fue restituido en su empleo, con lo cual le ha ocasionado graves perjuicios".

Los fundamentos jurídicos de la de-

manda se adujeron en la siguiente forma: "Como disposiciones que fundan el derecho, cito en primer lugar todas las que el Tribunal Administrativo de Tunja tuvo en cuenta en su setencia para declarar nulo e ilegal el Decreto 318 ya citado, y además los artículos 1494, 1613 a 1617, 2341, 2342, 2347 y 2359 del C. C. y 76, 150, 151, 173, 252, 734 y 764 a 773 del C. J.

El representante del Departamento demandado contestó en esta forma la demanda instaurada:

"Primer hecho. Es cierto.

"Segundo hecho. Es cierto.

"Tercer hecho. Es cierto.

"Cuarto hecho. No es cierto; el poderdante del doctor Rojas sí recibió parte de los sueldos que dejó de devengar en su calidad de maestro de escuela de Tibaná, como se demostrará en el término de prueba.

"Acepto el derecho invocado por el demandante".

Respecto a la acción principal incoada en este juicio, el Tribunal de la primera instancia declaró que no es el caso de condenar al Departamento de Boyacá al pago de los sueldos que el demandante dejó de devengar como maestro de escuela, en el tiempo que duró destituido de su cargo.

En cambio consideró procedente la acción subsidiaria, y en consecuencia, en sentencia del 3 de septiembre de 1939, condenó al Departamento de Boyacá "a pagar al señor Manuel Bohórquez, vecino de Tibaná y mayor de edad, la indemnización de los perjuicios cuyo monto será estimado en la forma legal de acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial, en la ejecución de la sentencia, ocasionados a dicho señor Bohórquez por la destitución ilegal del empleo de maestro de escuela de varones número 2º de Tibaná, de que el Gobierno de Boyacá se hizo civilmente responsable, como autor del Decreto número 318 de 6 de julio de 1938 que fue declarado nulo por sentencia ejecutoriada

del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Tunja".

Apelado por el Fiscal del Tribunal el fallo referido, ha subido el negocio a esta superioridad, en donde se procede a resolver lo pertinente por estar agotada la tramitación que corresponde al asunto.

Estima la Sala que el Tribunal a quo carecía de jurisdicción para conocer de este negocio, y que, consecuentemente, la Corte no la tiene para decidir el recurso interpuesto.

En efecto, la petición presentada con el carácter de subsidiaria, que se condena al Departamento de Boyacá a la indemnización de los perjuicios evaluados por peritos ocasionados al demandante por la destitución de su empleo, deja ver bien claro esto: lo que al actor interesa en primer término es el pago de sus sueldos, asunto propio de la jurisdicción contencioso administrativa, de acuerdo con el artículo 4º de la ley 80 de 1935, que reza: "En los asuntos contencioso administrativos, cuando se ejercite la acción privada, tanto los Tribunales seccionales como el Consejo de Estado, al fallar las demandas determinarán, con la debida precisión, la manera como debe restablecerse el derecho violado, si fuere el caso y siempre que así se hubiere solicitado". El demandante al pedir en su demanda administrativa la nulidad del Decreto de destitución de su empleo de maestro de Tibaná y como consecuencia que se le restituyera en el cargo, ejercitó el recurso contencioso de plena jurisdicción, y de esta índole es el fallo que resolvió de conformidad dicha demanda. Fue en ésta en donde debió hacerse la solicitud encaminada a obtener la indemnización de los perjuicios que se reclaman ante la justicia ordinaria; perjuicios que, cuando no se demuestra otra cosa, consisten en los sueldos que dejó de percibir el empleado injustamente destituido durante el lapso en que estuvo vigente el decreto de destitución. Esos perjuicios pueden sobrepasar el monto de aquellos sueldos, pero ello no cambia la jurisdicción. Ordenar

la indemnización de los perjuicios, cualquiera que sea su cuantía, y cuando así se solicite, causados con motivo del acto injusto de la administración que se ha declarado nulo, está dentro de la atribución que tiene el Contencioso de restablecer el derecho violado. Ese es el pensamiento que animó al legislador en la expedición de la Ley 80 de 1935 (artículo 4º), según puede verse en la exposición de motivos de dicha ley, de la que se copia: "La finalidad jurídica y social del recurso contencioso administrativo se traiciona en la mayor parte de las veces por falta de un medio de coacción para que las autoridades cumplan la decisión jurisdiccional.

"El individuo que ha obtenido sentencia favorable, no puede constreñir al autor del acto invalidado al restablecimiento del equilibrio legal.

"Bien que a virtud del artículo 1º de la ley 45 de 1931, que marca un gran avance en el Derecho, ya el administrador no podrá repetir el acto y debe conformarse con la nulidad decretada.

"Pero la simple declaración de nulidad de un decreto ejecutivo, de una resolución ministerial, de una providencia cualquiera de las que están sometidas a este recurso, por sí sola no tiene virtualidad reparadora. Esa justicia retenida comporta efectos meramente especulativos, que en casos concretos de actuaciones gubernamentales, anuladas, tiene valor ilusorio.

"Para estos actos es indispensable lo contencioso de plena jurisdicción, en cuya virtud los Tribunales puedan determinar en el fallo el modo como deba quedar resuelto definitivamente el punto controvertido, sin dejar esta declaración al arbitrio del funcionario autor del acto recusado.

"Esta virtualidad reparadora, esta efectiva fuerza de sentencia ordinaria que se debe consagrar para todos los actos que el artículo 3º contempla, está hoy limitada en la legislación colombiana a lo siguiente: los contemplados en la Ley 38 de 1918, sobre expropiación y daño en propiedad ajena; la declaración sobre ca-

lidad de ocultos de los bienes denunciados, al tenor del ordinal f) del artículo 30 del Código Fiscal, cuando se determina la condición resolutoria en las adjudicaciones de baldíos (artículo 5º, Ley 52 de 1931); en juicios sobre reintegros de sumas pagadas por razón de impuestos fiscales; y en las sentencias que finalizan juicios de pensiones y recompensas.

"Si se capacita a los Tribunales para invalidar los actos de la administración que afecten situaciones concretas; si sus fallos tienen fuerza obligatoria y no están sujetos a revisión por parte de la justicia ordinaria (artículo 93 de la Ley 130 de 1913), el pronunciamiento sobre la relación subjetiva debe ser parte integrante de su eficaz labor".

Al referirse al artículo 4º de la citada Ley 80, el expositor Pareja dice lo que sigue; en su obra de Derecho Administrativo:

"El artículo 4º de la Ley 80 de 1935 amplió el alcance de la acción privada dando mayor eficacia a la jurisdicción del juez administrativo, al disponer lo siguiente:

"Artículo 4º En los asuntos contencioso administrativos, cuando se ejercite la acción privada, tanto los Tribunales Seccionales como el Consejo de Estado, al fallar las demandas determinarán con la debida precisión la manera como deba restablecerse el derecho violado, si fuere el caso, y siempre que así se haya solicitado.

"Respecto del alcance de esta disposición, en el caso de que se anule un acto que destituye a un empleado, como un maestro de escuela, el Consejo ha dicho:

"Si fue flagrantemente lesionado por un acto administrativo el estatuto legal que ampara a un maestro de escuela en el ejercicio de su cargo y en la inamovilidad del mismo, el titular de ese derecho violado tiene facultad de hacerse restablecer en él de conformidad con el precepto citado (artículo 4º de la Ley 80 de 1935); y si así lo pide expresamente en el libelo de demanda, indicando que la reparación exigida consiste en el pago de los sueldos que

devengaba antes de la providencia de destitución dictada con transgresión de la ley, yerra un Tribunal Administrativo, en cuanto habiendo pronunciado la anulación del acto censurado niega la reparación pedida, que es su consecuencia jurídica necesaria y el efecto de lo que se entiende, según la doctrina, por contencioso de plena jurisdicción'. (Sentencia de 7 febrero de 1939, Anales números 275 a 277, pág. 108).

"Igualmente ha dicho el Consejo que la citada disposición faculta a los jueces administrativos 'para conceder la indemnización de los perjuicios que el acto viciado de nulidad le ha ocasionado al actor'; esto es especialmente importante en los casos en que los efectos del acto sean irreparables y no puedan restablecerse. (Sentencia de 17 de julio de 1937, Anales números 255 y 256, pág. 520)".

La sentencia citada por Pareja es concluyente al respecto. Allí se lee:

"En cuanto a la manera como debe restablecerse el derecho violado, según lo solicitaron los demandantes, el Consejo observa:

"El artículo 4º de la Ley 80 de 1935 faculta a las corporaciones contencioso-administrativas para que en las sentencias respectivas, en los juicios en donde se ha ejercitado la acción privada, se indique la manera como se debe reparar el perjuicio que el acto que se declara nulo ha causado en el patrimonio del demandante, es decir, las faculta para conceder la indemnización que el acto viciado de nulidad le ha ocasionado al actor. Por tanto, esta disposición sólo puede ser aplicada cuando ha existido un perjuicio; no existiendo éste, o no estando acreditado en la forma legal, no puede darse aplicación al artículo 4º citado, porque no hay materia o base sobre la que el juzgador pueda formar un criterio acertado. En el presente caso no se ha acreditado en legal forma el perjuicio efectivo que el Decreto número 2000 ha causado al patrimonio de la 'Sociedad Elaboradora de Sales', y por eso no es aplicable el artículo invocado".

Ese fallo está en armonía con el parecer de los modernos expositores de Derecho Administrativo.

Appleton, en su Tratado Elemental del Contencioso Administrativo trae lo que pasa a verse:

"Responsabilidad de la administración frente a sus funcionarios por destituciones y otras medidas disciplinarias y legales e injustas. — La Administración puede, en principio, y salvo disposiciones contrarias de las leyes y reglamentos, suspender o destituir libremente a un funcionario, sin indemnización. Sin embargo, si la destitución fue pronunciada ilegalmente (por ejemplo, sin las formalidades requeridas, sin notificación previa de la respectiva providencia al funcionario destituido, o violando el estatuto del servicio), es evidente que ella puede ser anulada por exceso de poder por el Consejo de Estado.

"Además, admite hoy la jurisprudencia, después de largas vacilaciones, que tal destitución pueda dar lugar a indemnización si con ella se causa al funcionario un perjuicio anormal e injusto. Admitido primeramente el principio en favor de los funcionarios departamentales y municipales, se ha terminado por aplicársele también a los funcionarios del Estado". (Página 458).

Hauriou, en su obra 'La Jurisprudence Administrative', trae el caso Cadot (en el que se contempla una demanda de indemnización de perjuicios por la destitución del empleo que ejercía el demandante), precedido de esta leyenda:

"El Consejo de Estado como juez de derecho común en primera instancia del contencioso de plena jurisdicción. El Consejo de Estado es competente para conocer de una demanda de indemnización instaurada contra un municipio por un funcionario municipal destituido" (página 424).

Y al comentar el fallo del Consejo de Estado, expresa lo siguiente:

"Cuando un empleado municipal destituido por el alcalde formula demanda de

indemnización contra el municipio, después que el concejo municipal, por deliberación, le haya rehusado esta indemnización el Tribunal competente en primera instancia es el Consejo de Estado. En el fondo, el empleado no tiene derecho a indemnización.

“Separemos la cuestión de competencia y la cuestión de fondo.

1º Cuestión de competencia. — La decisión del Consejo de Estado se analiza en dos proposiciones: a) El litigio en cuestión es de la competencia de las jurisdicciones administrativas; b) Entre todas las jurisdicciones administrativas, es de la competencia del Consejo de Estado.

“A.—La demanda de indemnización instaurada contra el municipio por un empleado municipal destituido es de la competencia de la jurisdicción administrativa. Esta primera proposición es actualmente de jurisprudencia constante. Se considera en efecto que el nombramiento y destitución de los funcionarios y empleados son actos de poder público. Esta tesis ha sido admitida por la Corte de Aix a propósito de nuestro asunto, y después por numerosas sentencias” (Página 431).

Rafael Bielsa, en su Derecho Administrativo dice:

“Dijimos que el recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción tiene por objeto proteger los derechos subjetivos, razón por la cual este recurso se funda siempre en la violación de una ley o de un contrato que atribuye un derecho perfecto, y no en la lesión de un mero interés legítimo. Es cabalmente el recurso que nuestras leyes han instituido de una manera muy inorgánica, en el orden nacional, y en forma algo más propia en el orden provincial. De esto nos ocuparemos inmediatamente.

“Este recurso funciona como la acción judicial ordinaria. Hé aquí las líneas generales de su estructura: 1) Hay dos partes en el juicio en pie de igualdad: el administrado (actor) y la administración pública; 2) El procedimiento de este recurso tiene un régimen legal análogo al de

la acción ordinaria en el procedimiento civil; 3) La sentencia que declara ilegal el acto administrativo condena a la reparación del derecho lesionado; v. gr., al cumplimiento del contrato, a la entrega de la cosa si se ha admitido una acción reivindicatoria, a la indemnización de daños y perjuicios, etc.;” (página 655).

Opina el señor Procurador Delegado en lo Civil que la petición presentada como principal, que se condene al departamento al pago de los sueldos dejados de percibir por el demandante, durante la vigencia del decreto de destitución es improcedente ante la justicia ordinaria, “porque ello comportaría el restablecimiento del derecho violado de que habla el artículo 4º de la Ley 80 de 1935, interés jurídico violado que no es otro que el derecho de percibir los sueldos que no se pagaron por haberlo impedido un acto administrativo que luégo fuera declarado ilegal por la autoridad competente, y restablecimiento que corresponde, al tenor del mandato legal citado, a la jurisdicción contencioso-administrativa”. Pero no piensa lo mismo el distinguido Agente del Ministerio Público en lo que respecta a la petición subsidiaria, la del pago de perjuicios por la destitución inmotivada. En su entender, la cuestión administrativa planteada en la demanda de nulidad fue resuelta en su plenitud, y ahora, ante la justicia ordinaria se presenta otro fenómeno jurídico distinto: “un derecho estrictamente civil radicado en el patrimonio del actor y que ha sido violado a su vez”. Y piensa que a tal fenómeno son aplicables los principios que informan los artículos 2341 a 2347 del Código Civil.

Se considera: Estima la Sala que hay error en considerar que en el caso del maestro de escuela injustamente destituido el interés jurídico violado no es otro que el derecho a percibir los sueldos que no se pagaron por haberlo impedido un acto administrativo que se declaró nulo. Puede, como se deja dicho arriba, haberse causado perjuicios al empleado destituido que sobrepasen el monto de los sueldos

dejados de percibir. Sólo cuando no se demuestren otros perjuicios habrá que considerar como tales los referidos sueldos. Y así se explica el pago de éstos en circunstancias en que no se ha prestado el servicio, y en un período en que carecía de base el pago.

Si, pues, la demanda del pago de sueldos en el presente caso no es otra cosa que demanda de indemnización de perjuicios, hay que concluir que el contencioso de plena jurisdicción establecido por el artículo 4º varias veces citado, sí puede conocer de la petición presentada como subsidiaria en la presente litis.

En otras palabras, en la manera como debe restablecerse el derecho violado, entra la orden de pagar los perjuicios que se hayan ocasionado al demandante con motivo del acto ilegal de la administración.

Que el derecho vulnerado es estrictamente civil? Nada le hace. De esa índole es el que tiene el dueño del terreno que ha sido víctima de una expropiación de hecho, y sin embargo, de la demanda pa-

ra la indemnización competente conoce el Consejo de Estado. Precisamente uno de los avances del Derecho Administrativo es la ampliación del radio en que se mueve la justicia contencioso-administrativa. De asuntos que eran antes del pleno dominio civil conocen hoy los Tribunales administrativos. De ese avance no podía sustraerse el legislador colombiano, y de ahí el artículo 4º comentado.

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, revoca el fallo apelado, para el solo efecto de resolver, como en efecto resuelve, que este asunto no es de la competencia de la justicia ordinaria.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppad.

RECURSO DE HECHO

El auto en que se impone alguna obligación a terceros dentro del juicio ejecutivo, es interlocutorio.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, marzo veintiocho de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El señor Roberto Fernández, ocurrió de hecho ante la Corte para que se le conceda el recurso de apelación que le negó el juzgado nacional de ejecuciones fiscales de Bogotá de los autos de fecha 12 y 13 de diciembre de 1940, dictados en el juicio ejecutivo promovido por la nación contra herederos de Tomás Fernández.

Hecho el estudio de los antecedentes del negocio sobre la copia de las piezas a que se refiere el artículo 513 del código judicial, y vistas las alegaciones del recurrente, la sala llega a la conclusión de que sí es procedente la apelación interpuesta contra las referidas providencias.

En efecto, por medio del primero de los autos en mención, o sea el de 12 de diciembre, el funcionario executor le puso fin al incidente de rendición de cuentas del depositario señor Jorge Andrade, aprobando las que éste presentó en relación con las sumas por él recibidas por conceptos de arrendamientos y demás frutos de la casa número 9-64 de la calle 15 de esta ciudad y de los locales que hacen parte de la misma, así como de los gastos de administración del aludido inmueble.

La apelación del auto anterior fue denegada por cuanto el juez de la causa estimó que se trataba de un auto de simple

sustanciación, no susceptible por lo tanto de tal recurso.

La sala estima, por el contrario, que la providencia que puso término al incidente de rendición de cuentas del depositario, tramitado de conformidad con lo que dispone el artículo 296 del código citado, es un auto interlocutorio, contra el cual procede legalmente el recurso de apelación, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 466 y 488 del mismo código.

Para que pudiera prohibirse el concepto del juez de la causa sería preciso que la providencia aludida sólo se limitara a disponer algún trámite de los que la ley procesal establece para dar curso progresivo a la actuación.

Por lo que hace al segundo auto cuya apelación fue también denegada, esto es, el de fecha 13 de diciembre, en virtud del cual se ordenó que los opositores al secuestro del inmueble sujeto a la traba ejecutiva, señor Roberto Fernández y Julio Medina de Lee, prestaran caución hipotecaria o prendaria de tres mil pesos, para que pudieran percibir los frutos del aludido inmueble, la sala observa lo siguiente:

La denegación del recurso de alzada contra la anterior providencia también se basa en la consideración de que se trata de un auto de mera sustanciación.

Pero la Sala tampoco encuentra legalmente justificada esa negativa, como quiera que la providencia en que se impone una carga a terceros dentro del juicio ejecutivo, es indudablemente una resolución que por su misma naturaleza no está destinada a impulsar la tramitación propia de ese juicio. En tal caso es preciso asignarle el carácter de auto interlocutorio, dándole así a los interesados la

oportunidad de ocurrir ante el superior en el caso de que estimen ilegal o excesiva la obligación que se les impone.

Por lo demás, si se tiene en cuenta la enumeración que el artículo 466 del código judicial hace de lo que se entiende por autos interlocutorios, es necesario concluir que una providencia como la que se estudia, por razón de analogía, debe calificarse como interlocutoria.

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, resuelve admitir el recurso de hecho presentado por el señor Roberto

Fernández y le concede en el efecto suspensivo para ante esta Sala la apelación interpuesta contra los autos de fecha 12 y 13 de diciembre de 1940, dictados por el juzgado nacional de ejecuciones fiscales de Bogotá en el juicio ejecutivo de la nación contra herederos de Tomás Fernández.

Pídase al juez de la causa que remita a la Corte el expediente original, previa citación de las partes, para conocer de la apelación (artículo 514 del código judicial).

Cópiese y notifíquese.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppadad.



ACCION SOBRE DECLARACION DE BALDIOS — LA LEY SOBRE TIERRAS Y SUS EFECTOS EN RELACION CON EL DOMINIO DE TIERRAS BALDIAS

1. Aunque conforme a los artículos 877 y siguientes de la ley 106 de 1873 correspondía a la Oficina de Estadística Nacional la reunión de datos, planos y trabajos sobre terrenos baldíos y el registro de los títulos de adjudicación de los mismos terrenos, etc., ninguno de esos artículos confería competencia necesaria a esa oficina para expedir títulos constitutivos de dominio privado o para calificarlos con autoridad de cosa juzgada. En relación con el artículo 879 debe observarse que no tiene otro alcance que el de la comprobación de los derechos de las personas que se considerasen dueñas, para los fines a los cuales estaba destinada la oficina de estadística nacional y que no eran los de expedir títulos constitutivos de dominio ni el de calificar los mismos con fuerza de cosa juzgada. Las funciones de la oficina citada correspondieron después, con las mismas limitaciones, al Ministerio de Obras Públicas. — 2. El artículo 39 de la ley 153 de 1887 no obliga a usar de los medios probatorios que la antigua ley establecía para la comprobación del dominio privado de tierras, sino que es simplemente potestativo y en consecuencia se puede hacer uso de la ley nueva para acreditar hechos verificados en época en que las leyes establecían medios distintos. Las disposiciones de la ley 200 de 1936 que consagran el reconocimiento y la renuncia del Estado tocantes con las tierras baldías, obran desde la vigencia de la ley, y operan, por lo

mismo, con plenitud de sus efectos, en los juicios que se adelantaban entre la Nación y los particulares, cuando la ley se expidió. — 3. Conforme al artículo 3º de la ley 200 de 1936 acreditan propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial los títulos inscritos otorgados con anterioridad a esa ley, en que consten tradiciones de dominio por un lapso de tiempo no menor del que señalen las leyes para la prescripción extraordinaria. — 4. Para que haya el interés de que habla el artículo 233 del C. J. debe atenderse a las normas procedimentales de la cosa juzgada en relación con las personas que puedan resultar favorecidas o perjudicadas con el fallo.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, marzo veintinueve de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

El señor Fiscal Segundo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, debidamente autorizado, a nombre de la Nación, propuso demanda para que, con audiencia de los representantes de las herencias de Lucía Caicedo de Leyva y Uldarico Leyva y previos los trámites de un juicio ordinario, se hagan estas declaraciones:

“Primera. Que pertenece a la Nación, con el carácter de baldío, por no haber salido del patrimonio del Estado en ninguna de las formas determinadas por la

legislación española durante el régimen colonial, ni por las leyes administrativas de la República, el globo de terrenos situado en los municipios de Prado, Purificación y Cunday, en el Departamento del Tolima, comprendido dentro de los siguientes linderos:

“Desde el boquerón de Prado, río Cunday arriba, hasta la confluencia con el río Negro, éste aguas arriba, hasta la boca de la quebrada “Alcaparrosa”; ésta arriba, hasta la cuchilla de la loma de “Tafurito”; ésta por el filo llamado ‘La Cortadera’, hasta caer otra vez al río Negro; ésta, aguas arriba, hasta la montaña más alta; por la cumbre de ésta a las cabeceras del río ‘Cuinde’; éste abajo, hasta su desembocadura en el río Cunday; éste aguas abajo, hasta la boca de la quebrada ‘El Salero’; éste arriba, hasta la boca de la zanja ‘Tunjo’; ésta arriba, hasta la cumbre del cerro que llaman ‘la Aguadagrande’; de aquí, por toda la cuchilla al boquerón de Prado, primer lindero o punto de partida.

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

“Tercera. Que ni las herencias de Lucía Caicedo de Leyva y Uldarico Leyva, ni sus representantes actuales ya nombrados, ni el señor Marco A. Restrepo G., tienen derecho de dominio sobre el terreno alinderado en la primera petición de esta demanda, por no haberlo adquirido del Estado directa ni indirectamente por medio de sus causantes, en ninguna de las formas previstas por la legislación española durante el régimen colonial del país, o por las leyes administrativas de la república”.

Subsidiariamente solicita que se declare:

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

Como hechos se exponen los siguientes:

“1º En virtud de gestiones hechas ante el Ministerio de Industrias por el Dr. Antonio José Pantoja, como apoderado de numerosas personas que se hayan establecidas en los terrenos alinderados en la primera petición de esta demanda, el gobierno dictó la Resolución ejecutiva número 71 de 1929, por la cual se autoriza a los Fiscales de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales de Bogotá e Ibagué, para que promuevan ante dichos Tribunales las acciones judiciales conducentes a la defensa de los derechos de la Nación sobre los referidos terrenos;

“2º Por escritura de cinco de diciembre de mil ochocientos cuarenta y seis, otorgada en la Notaría de Purificación, y registrada en la oficina respectiva bajo la partida número 71, el señor Luis Caicedo Santamaría, como apoderado de la señora Juana Jurado, en su propio nombre, el señor Juan Caicedo, y otros, vendieron al señor Francisco Caicedo, entre otros bienes, las tierras de Cunday por los linderos especificados en la primera petición de esta demanda;

"3º Según certificado del Registrador de instrumentos públicos y privados del círculo de Purificación, no aparece en los libros de esa oficina comprobante alguno del cual resulte que sobre los terrenos en referencia se hicieran transferencias con anterioridad al año de 1846, a pesar de haber revisado los libros correspondientes hasta el año de 1767;

"4º En la sucesión del señor Francisco Caicedo Jurado se adjudicó el globo general a que se refiere la primera petición de esta demanda, a la señora Lucía Caicedo de Leyva;

"5º Por escritura número 1118 de 5 de noviembre de 1895, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Bogotá, el general Uldarico Leyva M., esposo de la señora Lucía Caicedo de Leyva, vendió al señor Lisandro Leyva M. una porción del globo general de que se viene tratando, comprendida dentro de los siguientes linderos:

Desde la punta desde donde se precipita formando una cascada la quebrada de Aco, hacia el sur, éste en línea recta a un mojón que se pondrá de común acuerdo a orillas del Ríonegro; éste aguas abajo hasta la confluencia de la quebrada de Aco; esta quebrada aguas arriba, hasta la punta del cerro de donde se precipita formando la cascada que ha servido de punto de partida.

"6º En los juicios de sucesión acumulados de los consortes Lisandro Leyva y Margarita Pereira de Leyva, protocolizados en la Notaría tercera del Circuito de Bogotá, por medio del instrumento público número 417 de 24 de marzo de 1928, se adjudicó al señor Marco A. Restrepo, como cesionario de derechos hereditarios, entre otros bienes, el globo alinderado en el punto anterior, al cual se dio en un principio el nombre de "Ríonegro" y luego el de "Balcanes", con que hoy es conocido;

"7º En el Juzgado Primero en lo Civil del circuito de Bogotá abrieron y cursan actualmente acumulados bajo una misma cuerda, los juicios de sucesión de la se-

ñora Lucía Caicedo de Leyva y del señor Uldarico Leyva;

"8º Antes de decretarse la acumulación de los dos juicios, se hicieron los siguientes reconocimientos de herederos:

"En el juicio de sucesión de la señora Lucía Caicedo de Leyva: Inés Leyva Caicedo de Rivas, María Cecilia Leyva Caicedo de Suárez, María Teresa Leyva Caicedo de María Teresa Leyva Caicedo de Ortega, Dolores Leyva Caicedo v. de Montoya, hoy Dolores Caicedo de Moreno, y Alberto Leyva Caicedo.

"En el juicio de sucesión de Uldarico Leyva fueron reconocidos los mismos herederos, siendo de advertir que dicho señor había obtenido el reconocimiento de su calidad de cónyuge sobreviviente en la sucesión de su esposa Lucía Caicedo de Leyva;

"9º En el juicio de sucesión de la señora Lucía Caicedo de Leyva se practicaron inventarios judiciales, y en ellos se incluyó el globo de terreno alinderado en la primera petición de esta demanda, con la advertencia de que en él quedaba comprendido el alinderado en el punto quinto de esta demanda;

"10. Los herederos de Lucía Caicedo de Leyva y Uldarico Leyva no han cedido sus derechos hereditarios sobre el globo a que se refiere la primera petición de esta demanda, pues los traspasos que figuran en los respectivos juicios de sucesión se refieren a otros bienes inventariados;

"11. En los juicios de sucesión acumulados de Lucía Caicedo de Leyva y Uldarico Leyva, no se ha hecho aún la correspondiente partición de bienes;

"12. Los terrenos alinderados en la primera petición de esta demanda, en parte son incultos, y en parte se hallan ocupados por numerosas personas que se han establecido en ellos, reputándolos como baldíos. Entre estas personas se encuentran Abel Galindo, José Vicente Flórez, Pablo A. Ortiz, Francisco Peralta L., Agustín Campos, y muchos más, algunos de los cuales dieron poder al doctor Anto-

nio José Pantoja para hacer ante el Ministerio de Industrias las gestiones de que se habla el punto primero de esta relación de hechos;

"13. La Nación no se ha desprendido del dominio de los terrenos a que se refiere esta demanda en ninguna de las formas determinadas por la legislación española durante el régimen colonial del país, ni por las leyes administrativas de la república;

"14. La Nación no se ha desprendido, en ninguna de las formas indicadas en el punto anterior, del dominio de los referidos terrenos en favor de las herencias de Lucía Caicedo de Leyva y Uldarico Leyva, ni de los causantes de éstos, ni en favor del señor Marco A. Restrepo G. ni de los causantes de dicho señor;

"15. Los demandados en este juicio consideran como de su propiedad los terrenos a que se refiere la presente demanda, es decir, como de dominio o propiedad privada, así:

"El señor Marco A. Restrepo G. del globo alinderado en el punto 5º de esta relación de hechos, y los representantes de las herencias de Lucía Caicedo de Leyva y Uldarico Leyva, el resto de terreno a que se concreta esta acción;

"16. Las apreciaciones y los hechos a que se refieren los puntos anteriores, perjudican los derechos de la Nación, porque menoscaban el acervo de los baldíos nacionales y estorban la libre colonización de éstos por las personas que, con sujeción a las leyes sobre la materia, desean establecerse en ellos, o se han establecido ya".

En derecho se aduce como fundamento el artículo 44 del Código Fiscal y sus concordantes que hayan estado o estén en vigencia. Además, se cita la sentencia de 15 de abril de 1926 de la Corte Suprema de Justicia diciendo que según la doctrina en ella contenida corresponde a los demandados la prueba del dominio privado ya que la negación que de éste hace la Nación implica una negación indefinida y la afirmación contraria es la atestación

de un hecho concreto que debe ser demostrado.

De la demanda se dio el correspondiente traslado a los demandados, quienes, al recorrerlo, negaron los hechos fundamentales de la acción y manifestaron su oposición a que se hagan las declaraciones pedidas.

Durante la tramitación de la primera instancia fue coadyuvada la causa de la Nación por varias personas que manifestaron su interés en el juicio afirmando que la sentencia que en él se dicte puede aprovecharlas o perjudicarlas ya que son ocupantes, independientes unas de otras y con ánimo de señor y dueño, de varias parcelas del terreno a que se refiere la demanda, y que dicho terreno ha sido inventariado en la causa mortuoria de la señora Lucía Caicedo de Leyva como de propiedad de la causante, y que la presente acción judicial es el resultado de la gestión administrativa de los coadyuvantes (folios 101 y ss. del C. N° 1).

Agotada la tramitación propia de la primera instancia, durante la cual ambas partes hicieron uso de los recursos probatorios, el Tribunal Superior de Bogotá desató la litis con la sentencia que en su parte final dice:

"Por lo expuesto, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA las peticiones de la demanda instaurada por el señor Fiscal segundo de este Tribunal a nombre de la Nación contra las herencias de Lucía Caicedo de Leyva y Uldarico Leyva representadas por Inés Leyva Caicedo de Rivas, María Cecilia Leyva Caicedo de Suárez, María Teresa Leyva Caicedo de Ortega, Dolores Leyva Caicedo de Moreno y Alberto Leyva Caicedo— hijos legítimos de los causantes — y Marco A. Restrepo, adjudicatario de parte de los terrenos litigiosos".

Contra la anterior providencia apeló para ante esta Sala el señor Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Bogotá.

Terminado todo procedimiento en este negocio y estando en situación de ser definido, se procede a ello, previos los motivos que en seguida se exponen:

Consideraciones de la Sala

Persíguese con la presente acción la declaración de ser baldío, y por consiguiente, que pertenece a la Nación, un globo de terreno ubicado en los municipios de Purificación, Prado y Cunday sobre el cual alegan propiedad particular los herederos de la señora Lucía Caicedo de Leyva, o sobre aquellas porciones del referido globo de terreno cuyo dominio privado no se acredite en este proceso. Es decir, niega la Nación que el terreno objeto de la demanda haya salido de su patrimonio, y, por tanto que las herencias de Lucía Caicedo de Leyva, y Uldarico Leyva tengan derecho de dominio sobre él por no haberlo adquirido del Estado directa ni indirectamente.

Para fundamentar la demanda se cita la escritura de 5 de diciembre de 1846 otorgada en la Notaría de Purificación, registrada en la oficina respectiva bajo la partida número 71 por medio de la cual el señor Luis Caicedo Santamaría, como apoderado de la señora Juana Jurado, en su propio nombre, el señor Juan Caicedo y otros vendieron las tierras de Cunday por los linderos especificados en la primera petición de esta demanda. La referida escritura es el origen de toda la titulación posterior.

Además se afirma que según el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Círculo de Purificación no hay constancia de que sobre los terrenos citados se hicieran transferencias con anterioridad al año de 1846 y que los terrenos en cuestión, en parte son incultos y en parte se hallan ocupados por numerosas personas que se han establecido en ellos, reputándolos como baldíos.

La parte demandada para demostrar su derecho de dominio sobre el globo de terreno adujo, entre otras pruebas, la Resolución del Ministerio de Obras Públicas de fecha 20 de noviembre de 1912, publi-

cada en el Diario Oficial número 14815 del 10 de febrero de 1913 (folio 31 del C. número 1º), Resolución que sirvió al Tribunal de primera instancia para fundamentar su fallo, por el cual se niegan las declaraciones solicitadas en la demanda, y que también es objeto de especial impugnación por parte del señor Procurador Delegado en lo Civil al considerar este funcionario que la citada Resolución no es prueba suficiente para demostrar que el globo de terreno demandado como baldío haya salido legalmente del patrimonio del Estado.

Esta Resolución a la letra dice:

“Los señores Uldarico y Lisandro Leyva solicitan en el anterior memorial que este Ministerio declare de propiedad particular los terrenos denominados Cunday, hoy Balcanes, situados en el municipio de Cunday, Purificación, Prado, Departamento del Tolima, y alinderados como se expresará adelante:

“En apoyo de su solicitud han presentado los siguientes títulos, debidamente registrados:

a) Copia de la escritura de fecha 29 de agosto de 1777, otorgada en la Villa de Purificación, por la cual la señora Teresa Josepha Flórez de Olarte, viuda del señor Fernando Caicedo, dio en venta al señor Luis Dionisio de Caicedo la hacienda de Saldaña y las tierras de Cunday y Mesa de las Palmas.

b) Copia de la escritura otorgada en la Villa de Purificación el 5 de diciembre de 1846, por la cual el señor Luis Caicedo Santamaría, como apoderado de la señora Juana Jurado, viuda del General Domingo Caicedo Santamaría, vendió al señor Francisco Caicedo Jurado las tierras denominadas Cunday, ubicadas en el distrito parroquial de Cunday, en el cantón de Fusagasugá, Provincia de Bogotá.

c) Copia de la hijuela de la señora Lucía Caicedo de Leyva en la que consta la adjudicación que le hicieron en el juicio de sucesión de su padre, el señor Francisco Caicedo Jurado, del globo de tierra conocido con el nombre de Cunday. Di-

cho juicio de sucesión fue protocolizado en la Notaría del Circuito de Purificación, por escritura número 92, de fecha 15 de abril de 1886.

d) Copia de la escritura número 1118, de fecha 5 de diciembre de 1895, extendida en la Notaría 1ª del Circuito de Bogotá, por medio de la cual el señor Uldarico Leyva M. como esposo de la señora Lucía Caicedo, dio en venta al señor Lisandro Leyva una parte del globo de tierra denominado Cunday; y

e) Un certificado expedido el 21 de mayo último por el señor Cura de Purificación en que consta el matrimonio de la señora Lucía Caicedo con el señor Uldarico Leyva.

En consecuencia, encontrando este Ministerio que los títulos presentados por los peticionarios reúnen los requisitos exigidos por el artículo 879 del Código Fiscal, como títulos legítimos de propiedad, y en virtud de la autorización conferida por el referido artículo,

RESUELVE:

No son baldíos sino de propiedad particular los terrenos denominados Cunday, hoy Balcanes, sitios en los municipios de Cunday, Purificación y Prado, Departamento del Tolima, y alinderados: desde el boquerón de Prado, río de Cunday arriba, hasta la confluencia del río Negro; éste aguas arriba, hasta la boca de la quebrada de la Alcaparrosa; ésta arriba hasta la cuchilla de la loma de Tafurito; ésta, por el filo llamado la Cortadera, hasta caer otra vez al río Negro, éste, aguas arriba, hasta la montaña más alta; por la cumbre de ésta a las cabeceras del río Cuinde; éste abajo hasta su desembocadura en el río Cunday; éste aguas abajo, hasta la boca de la quebrada del Salero; ésta arriba, hasta la boca de la zanja de Tunjo; ésta arriba hasta la cumbre del cerro que llaman la Aguada Grande, y de aquí, por toda la cuchilla, al boquerón de Prado, primer lindero o punto de partida.

Esta declaración se hace salvando el de-

recho que por otros títulos pueda tener a los mencionados terrenos la Nación o los particulares, y salvando también las excepciones que judicialmente puedan hacerse valer contra los títulos exhibidos por los solicitantes”.

La Resolución que se acaba de transcribir fue dictada por el Ministerio de Obras Públicas en virtud de que a ese despacho se le habían adscrito las funciones de la Oficina de Estadística Nacional y con base en la allí llamada autorización del artículo 879 del Código Fiscal de 1873. Si esa providencia es título constitutivo de dominio privado o tiene fuerza de cosa juzgada es cuestión que debe resolverse atendiendo a la competencia que tenía en esa fecha el Ministerio de Obras Públicas para dictar esa clase de resoluciones, y al sentido y alcance de ella según el texto mismo de la providencia aludida.

En primer lugar, las atribuciones que tuvo la Oficina de Estadística Nacional le fueron conferidas por los artículos 877 y siguientes de la Ley 106 de 1873. De acuerdo con estas disposiciones correspondía a la mencionada oficina la reunión de datos, planos y trabajos sobre terrenos baldíos, el registro de los títulos de adjudicación de los mismos terrenos, etc., pero ninguno de los referidos artículos confería competencia necesaria a la Oficina de Estadística Nacional para expedir títulos constitutivos de dominio privado o para calificarlos con autoridad de cosa juzgada. En relación con el artículo 879, ibídem, que decía: “Los que se consideren dueños de una parte de las tierras expresadas en el artículo anterior (de las que se consideren baldías) o que pretendan tener algún derecho a ellas deberán comprobarlo ante la Oficina de la Estadística Nacional, con títulos legítimos, o con la justificación legal de haberse poseído durante 25 años con posesión continua, real y efectiva del terreno cultivado”, debe observarse que no tiene otro alcance que el de la comprobación de los derechos de las personas que se considerasen dueños, para los fines a los cuales estaba des-

tinada la Oficina de Estadística Nacional y que eran no los de expedir títulos constitutivos de dominio ni el de calificar a los mismos con fuerza de cosa juzgada. Como información para el Estado eran importantes esos datos a fin de que no se comprometieran en nuevas adjudicaciones las tierras a que se referían los títulos examinados y hallados válidos por la Oficina de Estadística; sin que tal apreciación administrativa debiera concretarse en una resolución declarativa de dominio a favor de determinadas personas. El interés en la adjudicación ordenada y metódica de las tierras baldías aconsejaba tener a la vista las informaciones y datos obtenidos por la Oficina de la Estadística Nacional.

Ahora bien, el Ministerio de Obras Públicas al expedir la Resolución que se estudia obró en desarrollo de las funciones que antes correspondían a la Oficina de Estadística Nacional y en virtud de lo establecido por el artículo 879 del Código Fiscal de 1873, y ya se dijo que según esas disposiciones el Ministerio carecía de competencia para calificar o expedir títulos constitutivos de dominio. Luego la Resolución 20 de noviembre de 1912 dictada por el Ministerio de Obras Públicas no puede aceptarse como prueba de dominio privado para demostrar que los terrenos a que se refiere la demanda hayan salido del patrimonio del Estado y negar así las declaraciones pedidas en esta acción.

En cuanto al texto mismo de la Resolución se anota que en la parte final se dejaron a salvo los derechos que por otros títulos pueda tener la Nación y las excepciones que puedan hacerse valer contra los títulos estudiados en la citada Resolución.

La Nación al seguir la presente acción se fundó en el artículo 44 del Código Fiscal y negó que los terrenos alinderados en la demanda, que son los mismos a que se refiere la Resolución del Ministerio de Obras Públicas, hayan salido del patrimonio del Estado. En los hechos hizo mención de la escritura de 5 de diciembre de 1846 otorgada en la Notaría de Purifica-

ción que trata de una venta de los mismos terrenos entre particulares, y la constancia de que con anterioridad al año de 1846 no existe comprobante alguno que acredite transferencias de las mismas tierras.

El Ministerio de Obras Públicas al hacer la declaración que se viene estudiando lo hizo fundándose en las escrituras de fecha 29 de agosto de 1777 otorgada en la Villa de Purificación, en la de 5 de diciembre de 1846 de la misma ciudad y otras posteriores cuyo origen se remonta a esta última dejando a salvo las excepciones que pudieran hacerse valer contra estos títulos. Ambas escrituras fueron impugnadas por la Nación, así: en relación con la segunda la Nación niega que se haya desprendido del dominio de los terrenos demandados y cita la escritura de 5 de diciembre de 1846 como título traslativo entre particulares (este instrumento obra al folio 16 del C. número 2), y en cuanto dice relación a la escritura de 1777 asevera que con anterioridad al año de 1846 no hay constancia de transferencias sobre esos terrenos. Además, se demostró por medio de inspección ocular que los terrenos a que se refiere el título de 1777 no son los mismos que se limitan en la demanda, y por consiguiente, en la escritura de 1846 y en la Resolución del Ministerio de Obras Públicas (fol. 70 v. C. número 2).

En consecuencia, al ser impugnados por la Nación los títulos en que se fundó la Resolución de 20 de noviembre de 1912 y demostrada la ineficacia de ellos, esta última providencia no puede considerarse como prueba de que el globo de terreno demandado sea de dominio particular.

Estando en tramitación este negocio fue sancionada la Ley 200 de 1936 que consagra medios nuevos de comprobación del dominio. La parte demandada se acoge al nuevo estatuto y lo invoca en defensa de su causa. Importa, pues, establecer

si las nuevas normas legales son aplicables a este juicio iniciado con anterioridad a su expedición.

La presente acción tiene por objeto definir si es baldío determinado glóbo de terreno o, si por el contrario, es del dominio privado por haber salido válidamente el patrimonio del Estado. En la resolución de la cuestión planteada la ley 200 de 1936 contiene preceptos importantes destinados a comprobar la existencia de la propiedad particular. Estas disposiciones son aplicables al actual negocio ya en cuanto consagran medios nuevos de prueba o en cuanto constituyen o crean dominio privado.

En efecto: el empleo de los medios nuevos de prueba consagrados por la ley posterior no desconoce el derecho de las partes a usar del régimen probatorio vigente al tiempo de trabarse la litis, sino que es el ejercicio de la autorización contenida en el artículo 39 de la ley 153 de 1887. Este artículo dispone que los contratos o actos válidamente celebrados bajo el imperio de una ley podrán probarse bajo el imperio de otra por los medios que aquella establecía para su justificación, es decir, no obliga a usar de los medios probatorios que la antigua ley establecía sino que es simplemente potestativo y en consecuencia se puede hacer uso de la ley nueva para acreditar hechos verificados en época en que las leyes establecían medios distintos para su comprobación. Esta interpretación es la misma dada por el doctor Angarita en sus comentarios a la ley 153 de 1887 y por la comisión revisora del Código Civil en las actas publicadas en la aclaración que hace del artículo 39 comentado.

En relación con la aplicabilidad de la ley 200 de 1936 en cuanto constituye o crea dominio privado la Sala se remite a la doctrina establecida por ella en la sentencia de 13 de marzo de 1939. Allí se dijo:

“No es tan sólo un medio nuevo de prueba del dominio particular el que se consigna en la ley, al decirse que la propiedad

privada puede acreditarse con títulos inscritos, en unos casos, y en otros con el título anterior al 11 de octubre de 1821. Si estas normas se aplicaran entre particulares, para comprobar el dominio, serían únicamente un medio de prueba de la propiedad; pero como han de producir efectos entre aquellos y el Estado, tales disposiciones no juegan apenas el papel de permitir o autorizar una forma de comprobación del dominio, sino de constituirlo, porque se trata de tierras sin título emanado de aquél y que por virtud de la ley 200 adquieren el carácter de particulares. Los medios nuevos allí previstos son el elemento trasmisor de la propiedad del patrimonio nacional al patrimonio privado. Y vistos por este aspecto entrañan el reconocimiento de la legitimidad en la apropiación de los baldíos, en condiciones especiales, no permitidas antes.

El Estado, al entregar la propiedad de los baldíos, en las formas nuevas de la ley 200, renuncia al status legal que hasta la expedición de dicho estatuto protegían su dominio sobre ellos, y se coloca en el plano jurídico que corresponde al orden creado por aquella.

Esa renuncia a usar de los antiguos elementos defensivos de la propiedad de la Nación, impone como consecuencia necesaria la de que los mandatos de la ley operan desde el momento en que ella entra en vigor. El Estado resuelve que el traspaso a particulares de la propiedad de las tierras baldías se haga en determinadas condiciones: treinta años de títulos inscritos, presentación de uno anterior al 11 de octubre de 1821. Su determinación debe producir efectos inmediatos, si los particulares satisfacen los requisitos exigidos, porque a la voluntad del órgano competente del soberano nada cabe agregar”.

Las disposiciones comentadas de la ley 200 de 1936 que consagran el reconocimiento y la renuncia del Estado tocantes con las tierras baldías, obran, como se ha dicho, desde la vigencia de la ley, y operan, por lo mismo, con la plenitud de sus

fectos, en los juicios que se adelantaban entre la Nación y los particulares cuando la ley se expidió.

No está de acuerdo el señor Procurador con esta interpretación de la ley 200 respecto a los juicios sobre propiedad de las tierras baldías que adelantaba la Nación cuando aquélla se expidió. Dicho alto funcionario expresa así su disentimiento:

“Pero antes de señalar esa discrepancia, es preciso que someta a vuestra consideración esta tesis: habiéndose promovido este juicio con anterioridad a la vigencia de la ley 200 de 1936 sobre régimen de tierras, las partes adquirieron el derecho a usar el régimen probatorio imperante al tiempo de trabarse la litis. Era según aquel régimen, que imperó durante el término probatorio de la primera instancia, como las partes debían encausar sus actividades procesales. Venir a aplicárseles uno distinto cuando el juicio estaba para finalizarse en la primera instancia, es nada menos que darle efecto retroactivo a una ley nueva de carácter sustantivo, contra claros preceptos de legislación positiva.

La doctrina jurídica del derecho a la prueba fue proclamada por esa Honorable Sala en sentencia de 13 de marzo de 1939, dictada en el juicio de la Nación contra ‘Hijos de Juan Francisco Pardo Roche, S. A.’, aun cuando excluyó de su alcance al Estado por razones que no se justifican. Allí dijo la Corte:

‘Existe en el procedimiento judicial lo que se llama el derecho a la prueba. Las partes contendientes en el litigio están sujetas al estatuto probatorio preexistente, al cual han de ceñirse para sus comprobaciones en el juicio; pero también se hallan protegidos por él, en forma de asegurarles una posición sólida, de suerte que cada una pueda defenderse con seguridad de las pretensiones de su contraria. Es el derecho a la prueba según el sistema legal vigente’.

“Como doctrina general está, pues, conagrada por la Corte la del derecho al régimen probatorio imperante cuando la ac-

ción es ejercitada por medio de la demanda.

“Y la Sala de Casación, en fallo de 10 de mayo del mismo año (juicio ordinario de la United Fruit Company contra Roberto Salcedo M.), no sólo proclamó la misma doctrina en tesis general, sino que la aplicó al caso del pleito, excluyendo de éste la norma probatoria del artículo 3º de la ley 200 de 1936. En este fallo se dijo:

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

“Considera la Procuraduría que de la doctrina así proclamada en general por las dos Salas Civiles de la Corte, no tiene por qué excluirse al Estado cuando éste comparezca ante los Tribunales de justicia, como persona civil, al igual que las otras, y debe, por consiguiente, gozar de los mismos derechos procesales y probatorios. Eso de la renuncia a determinado régimen probatorio podrá aceptarse para los litigios venideros, pero en manera alguna para los que ya cursan y han pasado por todo un debate probatorio bajo el régimen anterior”.

Es cierto, como lo anota el señor Procurador, que en juicios como el presente la Nación obra como persona jurídica de derecho privado, pero también lo es que concurre a defender un bien fiscal del Estado de naturaleza especial: los baldíos nacionales. Estos no son del patrimonio privado de la Nación, aunque sí del patrimonio nacional cuya guarda y defensa le corresponde al Gobierno. Los baldíos son bienes del Estado destinados a su adjudicación a los particulares. Y el régimen jurídico de tales bienes impone determinadas consecuencias, que no se predicen en relación con otros bienes fiscales. Siendo los baldíos bienes adjudicables, su entrega a los particulares se hace en las condiciones que señala la ley. Y si ésta permite que se reconozca el dominio privado de aquellos en condiciones que antes no establecía, como en el caso de este pleito mediante títulos inscritos por un tiempo igual al de la prescripción extraordinaria, no hay por qué esta particular ordenación no se aplique desde el momento en que se dio la ley que la consagra, pues negar su aplicabilidad inmediata equivaldría a extender la defensa del Estado, respecto a los baldíos, más allá de las normas en que el mismo Estado ha fijado su voluntad acerca del modo como ellos pueden pasar al dominio de los particulares.

La sentencia de esta Sala a que alude el señor Procurador afirma la regla general del derecho a la prueba, en la trascripción que él hace del fallo. Pero en seguida de tal trascripción se dijo en aquella sentencia:

“Cuando una ley nueva cambia el régimen probatorio, trayendo elementos de prueba que antes no se reconocían como válidos, o modificando los existentes, por atenuación o agravación de los requisitos establecidos, o modificando la prueba por otra causa cualquiera, dicha ley obra, respecto a los juicios en curso, según varias normas de técnica procesal que traducen principios generalmente ad-

mitidos por la doctrina y la jurisprudencia.

“Más no es necesario ni oportuno entrar en este fallo a hacer un examen de esas normas, para decidir de su aplicación al caso que se contempla, pues ellas rigen relaciones probatorias de los particulares entre sí, y no las muy otras y singulares de la prueba sobre traslación de la propiedad de las tierras baldías al patrimonio particular. Esta regulación normativa de derecho público escapa a los preceptos ordinarios y opera directa e independientemente entre el órgano estatal y los ciudadanos”.

Vista la aplicabilidad de la ley 200 de 1936, precisa ahora determinar cuáles son las disposiciones conducentes que deben tenerse en cuenta para definir este juicio.

Según las peticiones de la demanda, la Nación pide que se declare como baldío un globo de terreno afirmando que éste no ha salido del patrimonio del Estado en ninguna de las formas determinadas en la legislación española, ni por las leyes administrativas de la república. Las demás peticiones son una consecuencia de éstas.

La parte demandada se opone a que se hagan las declaraciones pedidas por la Nación y niegue las afirmaciones que ésta hace trayendo como prueba títulos inscritos con más de veinte años de tradición de dominio.

Se trata, pues, en este negocio, de acreditar si el globo de terreno demandado salió del patrimonio del Estado y hoy es de propiedad particular y los medios para acreditar esta situación los consagra el artículo 3º de la ley 200 de 1936.

Conforme con la anterior disposición acreditan propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial los títulos inscritos otorgados con anterioridad a la ley 200 de 1936, en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria. Luego si los títulos presentados por la parte demandada reúnen las condiciones anteriores y s

efieren a los mismos terrenos, deben negarse las peticiones de la demanda.

Obra en los autos la escritura de fecha de diciembre de 1846 debidamente registrada en la cual consta la tradición de dominio que hizo el señor Luis Caicedo Samamaria, en su propio nombre y como apoderado de doña Juana Jurado, al señor Juan Caicedo, entre otros bienes, de unas tierras en Cunday por los mismos linderos especificados en la demanda (folio 57, C. número 11). La escritura número 92 de fecha 15 de abril de 1886 de la Notaría de Purificación, también debidamente registrada, por la cual le fue adjudicado el mismo globo de terreno alinderado en la demanda y en la anterior escritura a la señora Lucía Caicedo de Leyva (folio 84 del C. número 11). Y copia del auto del Juzgado Primero del Circuito Civil por el cual se radicó la sucesión de la señora Lucía Caicedo de Leyva y del General Uldarico Leyva, el reconocimiento de todos los herederos y la diligencia de inventarios en la parte que corresponde a las tierras de Cunday y que figuran con los mismos linderos señalados en la demanda promovida por la Nación (folio 10 del C. número 2).

Los anteriores títulos inscritos reúnen las condiciones exigidas por el artículo 3º de la ley 200 de 1936, se refieren a las mismas tierras señaladas en la demanda y de ellos consta una tradición de dominio de más de veinte años. Es decir, son prueba suficiente de que las tierras a que se refieren las peticiones primera y tercera pertenecen al dominio privado. Por tanto, deben negarse las peticiones principales de la demanda así como las subsidiarias.

Como antes se vio, la presente acción fue coadyuvada por más de doscientas personas que dijeron tener interés en el juicio y que al mismo tiempo piden que en la sentencia se hagan determinadas declaraciones. La Sala se abstiene de hacerlo por las siguientes razones:

En primer lugar, la sentencia debe ser acorde con la demanda y demás peticiones oportunamente deducidas por las partes. Según el libelo instaurado por la Nación ésta se limita a pedir que se declare que determinados terrenos son de su propiedad y, por consiguiente, que las personas que los ocupen tienen el carácter de colonos. La demanda y las pretensiones de las partes en este juicio no pueden considerarse reformadas en virtud de la coadyuvación que de ellas se hizo. Por tanto, la sentencia debe limitarse a las peticiones oportunamente aducidas.

En segundo lugar, es dudoso el interés manifestado por los coadyuvantes en el escrito en el cual solicitan la intervención en el negocio. Alegan que su interés proviene de que son ocupantes con ánimo de señores y dueños, de varias parcelas del terreno a que se refiere la demanda; de que este terreno ha sido inventariado en la sucesión de la señora Lucía Caicedo de Leyva, y de que la presente actuación judicial se debe a sus gestiones administrativas. Estas razones no constituyen el interés de que habla el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, pues, para que éste se dé, debe atenderse a las normas procedimentales de la cosa juzgada en relación con las personas que puedan resultar favorecidas o perjudicadas con el fallo. No se ve que la declaración que se haga en la presente sentencia de cualquiera de los dos extremos deducidos por las partes pueda aprovechar o perjudicar, con autoridad de cosa juzgada, a las personas que ocupen los terrenos con ánimo de señores y dueños.

En cuanto a las personas que con dos años de anterioridad a la ley 200 de 1936 se hubieren establecido en las tierras objeto de este pleito, sin reconocer dominio distinto del del Estado, no se favorecen o perjudican con un fallo que, como éste, se dicta aplicando las normas del artículo 3º de la citada ley 200, como así claramente lo dispone el artículo 4º de la misma ley.

Por todo lo anteriormente expuesto,

queda demostrado el dominio particular de los terrenos demandados como baldíos por la Nación y por consiguiente, deben negarse las peticiones solicitadas por la parte actora. A esta misma conclusión llegó el Tribunal de primera instancia para dictar su fallo, aunque fundamentándose en hechos que esta Sala no acepta, pero como el fallo del Tribunal niega las declaraciones pedidas en la demanda, debe confirmarse.

En consecuencia, 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, CONFIRMA el fallo dictado en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá, el día 21 de febrero de 1938.

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

Juan A. Donado V. — Amíbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta—Miguel Pineda Garrido, Srio. en pppdad.

SE HONRA LA MEMORIA DEL DOCTOR DONADO

DECRETO NUMERO 1471

(23 de agosto)

por el cual se honra la memoria de un distinguido ciudadano.

El Presidente de la República
de Colombia,

en uso de sus atribuciones legales, y

CONSIDERANDO:

Que el doctor Juan Antonio Donado—fallecido ayer en esta ciudad cuando ocupaba el puesto altísimo de Presidente de la Corte Suprema de Justicia, — consagró su vida sin mancha al culto del Derecho y fue Magistrado integérrimo, que por su saber, su probidad y su noble espíritu de equidad se hizo acreedor al respeto de la Nación;

Que, como Gobernador del Atlántico fue en ese Departamento efectivo factor de progreso y supo amparar con perfecta imparcialidad todos los derechos y ejercer la autoridad en forma intachable;

Que en su vida pública y privada fue modelo de patriotas y de caballeros y estuvo siempre listo para prestar a la República con vivo celo constantes servicios,

D E C R E T A :

Artículo primero. El Gobierno Nacional considera como suceso infausto para Colombia la desaparición del doctor Juan Antonio Donado, presenta su memoria como digna de imitación y le rinde respetuoso homenaje, como a ilustre ciudadano y dechado de Magistrados.

Artículo segundo. Los funerales del señor doctor Donado, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, serán costeados por el Estado.

Artículo tercero. Una edición de lujo de este Decreto será enviada a la señora viuda del doctor Donado.

Comuníquese y publíquese.

Dado en Bogotá, a 23 de agosto de 1941.

(Fdo.) EDUARDO SANTOS

El Ministro de Gobierno,

(Fdo.) Jorge Gartner.

PROPOSICION

del Consejo de Estado aprobada en la sesión del 26 de agosto de 1941.

“El Consejo de Estado,

registra con profundo pesar el fallecimiento del señor doctor Juan Antonio Donado, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien ejerció con brillantez y probidad ejemplar su profesión de abogado, sirvió en elevados cargos administrativos con competencia, desinterés y patriotismo, y en la administración de justicia con sabiduría y rectitud.

“Copia de esta moción se enviará a la señora viuda del doctor Donado, a la Honorable Corte Suprema de Justicia y a la Municipalidad de Barranquilla”.

Esta proposición fue presentada por el señor Presidente de la Corporación, doctor Tulio Enrique Tascón.

ACUERDO

del Tribunal Superior de Barranquilla

Acuerdo número 50

En Barranquilla, a veintitrés de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, se reunieron en la Sala de Acuerdo los señores Magistrados del Tribunal Superior, doctores José P. Esmeral, Presidente; Clemente Salazar Movilla, Vicepresidente; Manuel Pérez Pérez y Alejandro Gutiérrez Ripoll, asistidos del Secretario de la Corporación, y por unanimidad aprobaron el siguiente proyecto de Acuerdo:

“El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla,

CONSIDERANDO:

Que en Bogotá falleció ayer el doctor Juan A. Donado V., en ejercicio del cargo de Presidente de la Corte Suprema de Justicia, el más alto en la jerarquía judicial de la República;

Que el doctor Donado fue asimismo miembro distinguido de este Tribunal y Presidente de la Corporación, en donde marcó huellas profundas de su vasta preparación en la ciencia del derecho;

Que a su paso por la Gobernación del Departamento, dio a conocer su capacidad y eficiencia administrativa, y dejó el ejemplo de su gran probidad en el manejo de los caudales públicos;

Que el doctor Donado ejerció la abogacía durante muchos años, realizando el prestigio de esa profesión y aportando a la justicia el contingente de sus grandes conocimientos jurídicos;

Que el extinto fue hijo ilustre de esta sección del país y la representaba con decoro en el seno de la elevada Corporación a que pertenecía; y

Que el doctor Donado fue además ciudadano ejemplar, de acendradas virtudes públicas y privadas.

ACUERDA:

1º El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla registra la desaparición del doctor Juan A. Donado V. como una sensible pérdida para la Patria, para el Departamento del Atlántico, para el foro colombiano y para la sociedad, y señala su vida como digna de imitación;

2º Copia de este Acuerdo será enviada a la señora viuda del doctor Donado, doña Eloísa Bustillo de Donado, a sus hermanos don Vall Donado y doña María del Tránsito Donado y a la Corte Suprema de Justicia; y

3º Publíquese en la Gaceta del Tribunal y en los diarios de la ciudad”.

Con lo cual se dio por terminado este Acuerdo que se firma como aparece.

El Presidente,

JOSE P. ESMERAL

El Vicepresidente,

CLEMENTE SALAZAR MOVILLA

El Magistrado,

M. Pérez Pérez.

El Magistrado,

A. Gutiérrez Ripoll.

El Secretario,

Angel M. de la Torre.

“Tribunal Superior del Distrito Judicial.
Bogotá.

ACUERDO NUMERO 3 DE 1941

(Agosto 23)

El Tribunal Superior del Distrito
Judicial de Bogotá,

CONSIDERANDO:

1º Que en la noche de ayer dejó de exis-

tir en esta ciudad el señor doctor Juan Antonio Donado, Presidente de la Corte Suprema de Justicia;

2º Que el doctor Donado consagró al servicio de la República todos los esfuerzos de su meritoria existencia, lo mismo que su bufete particular de abogado, que en los elevados cargos públicos que desempeñó como Juez del Circuito del Depto. del Atlántico, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Gobernador del citado Departamento, y más tarde, Magistrado de la Honorable Corte Suprema de Justicia, cuya Corporación presidía cuando lo sorprendió la muerte;

3º Que al ejercicio de todas estas funciones el doctor Donado llegó en riguroso ascenso jerárquico por obra exclusiva de su elevada inteligencia y de su consagración a las disciplinas jurídicas, demostrando en ellas la más alta serenidad de espíritu y de competencia; y

4º Que por estas circunstancias, el doctor Donado se destaca entre sus compatriotas, como una de las figuras más distinguidas del Foro y en general de toda la administración,

A C U E R D A :

1º Lamentar profundamente la desaparición del señor doctor Juan Antonio Donado, como una pérdida irreparable para la Judicatura del país;

2º Enviar una ofrenda floral y concurrir en corporación a las exequias del finado, con invitación por medio de carteles; y

3º Presentar a la familia del extinto, a la Honorable Corte Suprema de Justicia, y al Departamento del Atlántico, su expresión de sentida condolencia.

Copia de este Acuerdo será comunicado en nota de estilo a los familiares del doctor Donado, a la Corte Suprema de Justicia, a la Gobernación del Atlántico y al Tribunal Superior de Barranquilla.

Publíquese en la Revista Justicia, en carteles y por medio de la prensa.

Dado en el Palacio de Justicia de Bogotá, a veintitrés de agosto de mil novecientos cuarenta y uno.

El Presidente del Tribunal, Carlos Rico Morlot.—El Vicepresidente, Julio Ernesto Forero.—El Presidente de la Sala Civil, Gualberto Rodríguez Peña—El Presidente de la Sala Penal, Dionisio Arango Vélez.—J. M. Arteaga.—Antonio José Prieto—Daniel Anzola—Alejandro Copete M. Edilberto Arévalo Correal. — Manuel A. Iregui.—Alejandro Vanegas. — Luis Gutiérrez Jiménez.—Francisco Martínez Rico, Srio”.

ACUERDO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA

“ACUERDO NUMERO 24

“El Tribunal Superior del Distrito Judicial,

CONSIDERANDO:

1º Que acaba de fallecer en la capital de la República el eminente jurisconsulto doctor Juan Antonio Donado;

2º Que el doctor Donado ejerció con gran pulcritud y competencia los cargos de Magistrado del Tribunal de Barranquilla, Gobernador del Departamento del Atlántico, y

3º Que en el momento de su muerte desempeñaba en forma brillante el cargo de Magistrado de la H. Corte Suprema de Justicia, de la cual era dignísimo Presidente,

A C U E R D A :

Lamentar la muerte de tan ilustre ciudadano, como una pérdida irreparable para el foro nacional, y transcribir este Acuerdo a sus distinguidos familiares y a la H. Corte Suprema de Justicia.

El Presidente del Tribunal, Miguel Ocampo Patiño.—El Vicepresidente, Ale-

Jandro Domínguez.—Los Magistrados: Vicente Rizo R.—Adolfo Romero B.—Augusto Bejarano M., Srio.”

ACUERDO DEL TRIBUNAL DE CALI

“ACUERDO NUMERO 85.

(Sala Plena)

El Tribunal Superior del Distrito
Judicial de Cali,

CONSIDERANDO:

1º Que recientemente falleció en la capital de la República el señor doctor don Juan Antonio Donado;

2º Que el señor doctor Donado ocupó destacadas posiciones en la Administración Pública y en el Organismo Judicial del Departamento del Atlántico y que últimamente ejercía el alto cargo de Presidente de la H. Corte Suprema de Justicia, de la cual era uno de sus miembros más distinguidos;

3º Que el señor doctor Donado como jurisconsulto y juzgador deja honda huella en la jurisprudencia nacional por su sabiduría y rectitud ejemplar; y

4º Que el señor doctor Donado fue además ciudadano eminente por sus singulares virtudes y merecimientos,

A C U E R D A :

Dejar constancia en el acta de esta fecha de su más hondo sentimiento de pesar por el fallecimiento del señor doctor Juan A. Donado, y recomendar su memoria clarísima a los encargados de administrar justicia en esta sección de la República.

Transcribese en nota de estilo a la H. Corte Suprema de Justicia, al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, a la señora viuda del extinto

y publíquese en la Revista de la Corporación.

Dado en Cali, a los veintiséis días del mes de agosto de mil novecientos cuarenta y uno.

El Presidente, Carlos Arturo Escobar G.—Jorge Enrique Velasco.—Marco Antonio Guerrero.—Antonio José Camacho. Ricardo Jordán Jiménez.—Manuel Antonio Carvajal.—Julio César Payán, Srio.”

ACUERDO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENA

“El Tribunal Superior del Distrito
Judicial de Cartagena,

CONSIDERANDO:

Que en el día de ayer falleció en la capital de la República el eminente ciudadano doctor Juan Antonio Donado, Presidente de la H. Corte Suprema de Justicia;

Que el extinto fue prestigioso miembro del cuerpo de abogados del vecino Departamento del Atlántico;

Que en el curso de su vida pública sirvió al país como Magistrado de la H. Corte Suprema de Justicia, como Senador de la República, Magistrado y Gobernador del Departamento del Atlántico y diputado a la Asamblea del mismo,

A C U E R D A :

Deplorar sinceramente, como en efecto deplora, el fallecimiento del señor doctor Juan Antonio Donado, tributar un homenaje de respeto a su memoria y presentar atenta expresión de condolencia a la familia del extinto, a la H. Corte Suprema de Justicia, al Gobernador del Departamento del Atlántico y al señor Alcalde de Barranquilla.

Por la Presidencia y con nota de estilo será enviado un ejemplar autógrafo de

este Acuerdo a la distinguida matrona doña Eloísa de Donado, viuda del extinto, a la H. Corte Suprema de Justicia, al Gobernador del Departamento del Atlántico, al señor Alcalde de la ciudad de Barranquilla y al H. Tribunal Superior de esta ciudad.

Dado en el salón principal del Palacio de Justicia de Cartagena, a los veintitrés días del mes de agosto de mil novecientos cuarenta y uno.

El Presidente del Tribunal, Antonio María Ripolli—El Vicepresidente, Sebastián R. Castell.—Los Magistrados: Héctor N. Bula.—Abel M. Cabrales.—Manuel Edmundo Mendoza. — Manuel Z. Pareja Vélez.—El Secretario, Pío Alfonso García”.

“República de Colombia.—Tribunal Contencioso Administrativo.—Cartagena.

ACUERDO NUMERO 6

De honores a la memoria del doctor Juan Antonio Donado.

El Tribunal Contencioso Administrativo,

CONSIDERANDO:

Que acaba de fallecer en la capital de la República el doctor Juan Antonio Donado;

Que el doctor Donado fue un jurisconsulto eminente, como lo demostraron sus triunfos en el Foro y su elevación a la magistratura de la H. Corte Suprema;

Que el doctor Donado ha fallecido en momentos en que desempeñaba la Presidencia de tan alta Corporación;

Que con la muerte del doctor Donado se ha perdido para la sociedad un valioso elemento, y el Foro de Colombia se ve privado de uno de sus clarísimos exponentes,

A C U E R D A :

Deplorar sinceramente la muerte del

doctor Juan Antonio Donado, y unirse al duelo de su familia y de la sociedad, por tan infausto acontecimiento.

Copia de este Acuerdo será enviada a la señora viuda del doctor Donado, a la H. Corte Suprema de Justicia y a la prensa de esta ciudad y de Barranquilla.

Dada en Cartagena, a los veinticinco días del mes de agosto de mil novecientos cuarenta y uno.

Fdos.): El Presidente, Manuel A. Pineda C. — El Vicepresidente, Armando de Avila—El Magistrado, Francisco Sotomayor.—Ascanio Peña Ricaurte, Srio.”

ACUERDO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE IBAGUE

“El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué,

CONSIDERANDO:

Que en la capital de la República, y en ejercicio del cargo de Presidente de la Suprema Corte, falleció el día 22 de los corrientes el señor doctor Juan Antonio Donado;

Que a aquel puesto culminante ascendió el doctor Donado por rigurosa escala, dejando en los Juzgados y Tribunales por donde pasó, las huellas de su labor eficiente y metódica y de su empleo en exaltar la ciencia del Derecho;

Que como mandatario de su Departamento, supo ejemplarizar por su sometimiento a las normas republicanas y su respeto por los fueros ciudadanos,

A C U E R D A :

Consignar en el acta de este día el homenaje de respeto que el Tribunal Superior de Ibagué le rinde a la memoria del ciudadano eximio y eminente jurisconsulto doctor Juan Antonio Donado.

Copias de este acuerdo en notas de es-

tilo, se pasarán a la Honorable Corte Suprema de Justicia y a la familia del ilustre finado.

En lugar preferente de la próxima entrega de la Crónica Judicial se publicará este Acuerdo.

Dado en Ibagué, a los veintiséis días del mes de agosto de mil novecientos cuarenta y uno.

El Presidente, Luis Felipe García.—El Vicepresidente, David Rincón Bonilla.—Los Magistrados, Jorge Iriarte—Germán Alvarado—Jorge Sanabria—Raúl Carerra.—El Secretario, Rafael Vela R.”

ACUERDO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN

“El Tribunal Superior de Medellín,

CONSIDERANDO:

Que en Bogotá acaba de fallecer el señor doctor Juan Antonio Donado, ilustre Presidente de la Corte Suprema de Justicia;

Que el señor doctor Donado dedicó su meritoria vida al estudio de las disciplinas jurídicas y descolló como jurisconsulto eminente, para honra del Foro colombiano;

Que el ilustre desaparecido, en los elevados y honrosos cargos que ocupó en la administración pública, con el decoro y dignidad que eran el distintivo de su preclara inteligencia, dejó huella perenne de rectitud y ecuanimidad;

Que en la administración de justicia el señor doctor Donado honró el alto cargo de Magistrado de la Corte Suprema, de la cual era Presidente en el momento de su sensible desaparición;

Que en el desempeño de tan alto cargo las múltiples cualidades que distinguían la personalidad del señor doctor Donado se pusieron de relieve en fallos donde se destaca la claridad de la doctrina, la pre-

cisión jurídica y el más auténtico sentido de la justicia,

ACUERDA:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín honra la memoria de quien fue dignísimo Presidente de la Corte Suprema de Justicia, doctor Juan Antonio Donado, lamenta la muerte de tan eminente ciudadano y propone su ejemplo al respeto de las generaciones colombianas que dedican su empeño en el estudio de las disciplinas del Derecho.

Copia de este Acuerdo, en edición de lujo, será enviada a la Corte Suprema de Justicia, a la señora viuda del doctor Donado, al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla y será publicado en la Crónica Judicial, órgano de este Tribunal.

Dado en Medellín, el día cinco de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno.

El Presidente, Wenceslao Facio Lince. El Vicepresidente, Germán Orozco Ochoa. El Presidente de la Sala Civil, Francisco Echeverri E.—El Presidente de la Sala Penal, Nicolás Vélez B.—Bernardo Ceballos Uribe.—José Manuel Mora Vásquez. Fidel Rodríguez—Angel Martín Vásquez. Mariano Sanín T.—Cicerón Angel—Eduardo Isaza Pérez.—El Secretario, Edmundo Gartner”.

ACUERDO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE NEIVA

“ACUERDO NUMERO 97.

(Septiembre 2 de 1941)

En Neiva, a dos de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, se constituyó en Sala de Acuerdo el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, integrado por los doctores Camilo Rincón Lara, Alfon-

so Medina, Rafael A. Cuervo y Luis R. Moncaleano.

Abierta la sesión, el señor Magistrado doctor Medina, presentó el siguiente proyecto que fue aprobado por unanimidad:

‘El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, teniendo en cuenta que acaba de fallecer en la capital de la República el doctor Juan Antonio Donado cuando desempeñaba dignamente el cargo de magistrado de la Corte Suprema de Justicia, entidad que lo había honrado haciéndolo su Presidente,

A C U E R D A :

Lamentar como una pérdida para la Nación la muerte del doctor Juan A. Donado, y presentar sus virtudes de Magistrado ilustre y probo como un modelo digno de imitarse.

Transcribir este Acuerdo a la H. Corte Suprema de Justicia, al Concejo Municipal de Barranquilla y en nota de estilo enviarlo autógrafo a la familia.

No habiendo más de qué tratar se levantó la sesión’.

El Presidente, Camilo Rincón Lara.— El Vicepresidente, Alfonso Medina. — El Magistrado, Rafael A. Cuervo. — El Magistrado, Luis R. Moncaleano.—El Secretario, Joaquín García S.”

**ACUERDO DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE PEREIRA**

“ACUERDO NUMERO 32.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira,

CONSIDERANDO:

1º Que en el día de ayer falleció en la capital de la República el señor doctor Juan Antonio Donado;

2º Que el doctor Donado desempeñó el

alto cargo de Magistrado de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, de la cual fue Presidente; y

3º Que la muerte del doctor Donado es motivo de duelo para el Organó Judicial,

A C U E R D A :

Deplorar la muerte del eminente ciudadano doctor Juan Antonio Donado.

Comuníquese a la familia del extinto y a la H. Corte Suprema de Justicia.

Dado en Pereira, a los veintitrés días del mes de agosto de mil novecientos cuarenta y uno.

El Presidente del Tribunal, Enrique Coral Velasco.—El Vicepresidente, Marco Tulio López Angel.—El Magistrado, Mariano Jaramillo. — El Magistrado, Julio Eastman. — El Secretario del Tribunal, Ramón Paláu”.

**ACUERDO DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE PASTO**

“ACUERDO NUMERO 20.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto,

CONSIDERANDO:

Que el veintidós del presente mes falleció en la capital de la República el señor doctor Juan Antonio Donado, Presidente de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia;

Que el señor doctor Donado fue un ciudadano de eximias virtudes y un destacado exponente del foro colombiano al que supo honrar con el aporte de su ilustrada inteligencia y con relevantes dotes de probidad y severa rectitud;

Que las esclarecidas virtudes de tan eminente ciudadano le hacen merecedor del homenaje póstumo de las corporaciones de justicia,

A C U E R D A :

1º Deplorar sinceramente la muerte del señor doctor Juan Antonio Donado y honrar la memoria de tan esclarecido colombiano, y

2º Presentar con todo respeto a la excelentísima Corte Suprema de Justicia, a los deudos y al Concejo Municipal de Barranquilla.

Dado en Pasto, a veintiséis de agosto de mil novecientos cuarenta y uno.

El Presidente del Tribunal, Francisco de P. Santander.—El Vicepresidente, Vicente Andrade—Los Magistrados: Aníbal A. Córdoba—Campo Elías Burbano—Domingo Sarasti.—Manuel Antonio Coral. Alberto Ricaurte.—Gonzalo Guerrero B. Srio”.

ACUERDO DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE POPAYAN

“ACUERDO NUMERO 267.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán,

CONSIDERANDO:

1º Que el día 22 del presente mes falleció en Bogotá el doctor Juan Antonio Donado, Presidente de la Corte Suprema de Justicia;

2º Que el doctor Donado, esclarecido jurista, desempeñó importantes cargos judiciales y administrativos;

3º Que las virtudes públicas y privadas que destacaron la personalidad del extinto, lo hicieron acreedor al más alto puesto de la judicatura,

A C U E R D A :

Deplorar la desaparición de tan distinguido Magistrado y presentar su vida como ejemplo a las actuales generaciones.

Con nota de estilo remítase un ejem-

plar autógrafo de este Acuerdo a la familia del doctor Donado y copia del mismo a la H. Corte Suprema de Justicia.

Dado en Popayán, a veintisiete de agosto de mil novecientos cuarenta y uno.

El Presidente, Rodolfo Hernández Soler.—El Vicepresidente, Luis A. Velasco. Los Magistrados: José G. Vargas.—Alejandro Cerón R.—Justiniano Medina Boinilla.—Alfredo Constain.—El Secretario, Celio Paredes”.

ACUERDO N° 45 DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE SAN GIL

Santa Marta.—Tribunal Superior.

“ACUERDO NUMERO 45

“República de Colombia.—Distrito Judicial de

“ACUERDO NUMERO 45

(Agosto 29 de 1941)

por el cual se honra la memoria de un distinguido jurisconsulto.

El Tribunal Superior del distrito Judicial, en uso de sus atribuciones legales y

-CONSIDERANDO:

a) Que en la capital de la República falleció en días pasados el eminente jurista doctor Juan Antonio Donado;

b) Que el doctor Donado ocupaba el altísimo cargo de Presidente de la H. Corte Suprema de Justicia cuando ocurrió su lamentada y prematura desaparición, y

c) Que es un deber de esta Entidad rendir tributo de admiración a los altos exponentes del Foro colombiano que han aprestado el noble ejercicio de la magistratura con su vasta ilustración, acendrada probidad y excelsas virtudes ciudadanas,

A C U E R D A :

1º Registrar con profundo pesar el fallecimiento del señor doctor Juan Antonio Donado, y consagrar en la audiencia de este día un tributo de respeto y admiración a su memoria, y

2º Transcribir este Acuerdo, en notas de estilo, a la H. Corte Suprema de Justicia, a la Gobernación del Departamento del Atlántico y a la señora viuda del ilustre finado.

Dado en San Gil, a veintinueve de agosto de mil novecientos cuarenta y uno.

El Presidente del Tribunal, Guillermo Galvis Galvis.—El Vicepresidente, Jorge Antonio Ortiz A.—Los Magistrados: Guillermo Hanssen M. — Raimundo Rueda. Eduardo Morales, Srio.”

República de Colombia.—Distrito Judicial de Santa Marta.—Tribunal Superior.

“ACUERDO NUMERO 35

por el cual se honra la memoria del doctor Juan Antonio Donado.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta,

CONSIDERANDO:

Que el día 22 del mes en curso falleció en Bogotá el distinguido jurista doctor Juan Antonio Donado;

Que el extinto desempeñaba el cargo de Magistrado de la Honorable Corte Suprema de Justicia, de la cual era Presidente;

Que en el orden judicial desempeñó, además, los cargos de Juez del Circuito y de Magistrado del Honorable Tribunal Superior de Barranquilla;

Que en el ramo administrativo rigió como Gobernador los destinos del vecino Departamento del Atlántico;

Que como miembro del Organó Judicial sobresalió por su saber y acendrado espíritu de justicia, y de él podría decirse, por lo mismo, que fue un perfecto “Ministro de la Equidad”;

Que como gobernante se distinguió por su patriotismo y fidelidad a las leyes del país y a los principios democráticos;

Que en el ejercicio de la abogacía reveló un alto espíritu de moral profesional; y

Que como miembro de la sociedad fue un constante ejemplo de virtudes ciudadanas,

A C U E R D A :

Deplorar el fallecimiento del doctor Juan Antonio Donado; rendir un sentido tributo a su memoria, y presentar sus virtudes como dignas de ser imitadas.

El presente Acuerdo, con la firma autógrafa de los Magistrados que componen la Corporación, será enviada, con nota de estilo, a la viuda del extinto, y en copia a la honorable Corte Suprema de Justicia y al Honorable Tribunal Superior de Barranquilla.

Dado en Santa Marta, a los veintitrés días del mes de agosto de mil novecientos cuarenta y uno.

El Presidente, (fdo.) Cristóbal García. El Vicepresidente, (fdo.) Félix J. Ospino Molina. — El Magistrado, (fdo.) Carlos Bermúdez.—El Magistrado, (fdo.) Dionisio Rincones Ponce—El Secretario (fdo.) Ezequiel R. Barrios”.

PROPOSICION DEL TRIBUNAL DE TUNJA

“El Tribunal Superior del Distrito Judicial en sesión plena de esta fecha se asocia al sentimiento general de pesar por la muerte del esclarecido jurista Pre-

sidente de la Honorable Corte Suprema de Justicia doctor Juan Antonio Donado.

de Justicia y al Tribunal de Barranquilla”.

“En nota de estilo comuníquese a la familia del extinto, a la H. Corte Suprema

NOTA.—Esta proposición fue aprobada por unanimidad en la sesión del 2 de septiembre del corriente año.

INDICE

	Págs.		Págs.
EDITORIAL. — EL PRESIDENTE DE LA CORTE HA MUERTO, por el doctor José Antonio Montalvo.	479	HIPOTECA, DE UN JUICIO EJECUTIVO, DE NULIDAD DE UN REMATE, Etc. — CONFESION.— HIPOTECA. — REGISTRO DEL REMATE. — No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día 30 de julio de 1940, en el ordinario de Luis Francisco Martínez contra Rafael María Valde-rama, Filomena Camacho v. de Martínez, Ramón Antonio Martínez y Leopoldo Gómez. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez.	508
SALA DE CASACION EN LO CIVIL		OPOSICION A UN DESLINDE. APRECIACION DE PRUEBAS EN CASACION. — INCONGRUENCIA. — NATURALEZA JURIDICA DEL JUICIO DE DESLINDE. — No se casa la sentencia recurrida, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el 7 de mayo de 1940, en el juicio de oposición al deslinde instaurado por José Trinidad Serrano. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza.	511
ACCION DE NULIDAD DE UN REMATE Y OTRAS.—ACCION DE DOMINIO COMO CONSECUENCIA DE LA DE NULIDAD, CESION DE DERECHOS LITIGIOSOS Y CESION DE CREDITOS.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha 30 de abril de 1939, en el ordinario de Cérvulo de J. López contra los señores Eduardo Canal González y José E. Alfonso. Magistrado ponente, Dr. Isaías Cepeda.	485	PERJUICIOS. — ACCION DE RESPONSABILIDAD POR CULPA. — TEORIA DEL RIESGO CREADO. — CASO FORTUITO Y SUS CONDICIONES PARA QUE EXISTA. No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día 2 de julio de 1940, en el ordinario de responsabilidad civil seguido por Pablo A. Jaime Correa contra la señora Irene Madero de Ayala. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez..	522
ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. — DOCUMENTOS ROTOS, ENMENDADOS, SUBLANTADOS O ADULTERADOS. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 7 de junio de 1940, en el ordinario de Carlos J. Infante contra Roberto Tobón. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda.	491	ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO DE MUTUO CON	
PERJUICIOS. — ACCION DE RESPONSABILIDAD. — CULPA. — PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de fecha 2 de julio de 1940, en el juicio que por indemnización de perjuicios siguió Luis Carlos Vélez Trujillo contra la sociedad anónima Compañía de Samacá. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango.	495		

	Págs.		Págs.
de Tunja de fecha 22 de abril de 1940, en el ordinario de nulidad absoluta por falta de consentimiento y precio seguido por Bertina Parra contra Luis Alberto y Gustavo Pacheco, Flaminio Pacheco Niño y Dolores Parra de Pacheco. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón.	532	Lleras Rodríguez. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón.	554
ACCION DE CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO. — EXCEPTIO NON ADIMPIETI CONTRACTUS. — ENTREGA MATERIAL DE LOS BIENES VENDIDOS.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 21 de septiembre de 1940, en el ordinario de Martín Afanador G. contra Isaías y Macedonio Rodríguez. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza	536	ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO. — SOLIDARIDAD ENTRE CODEUDORES. — Se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 10 de de julio de 1940, en el ordinario de la "Empresa Eléctrica de Manizales" contra Camilo Uribe, Abel Mejía y los herederos de Carlos E. Pinzón. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca.	560
OPOSICION A LA POSESION DE UNA MINA. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 26 DEL CODIGO DE MINAS. — No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 10 de febrero de 1940, en el ordinario de oposición a la posesión de una mina seguido por Alfonso Rojas Medina contra Gustavo Camacho V. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda	540	CHEQUES. — ENDOSO EN BLANCO. — TENEDOR EN DEBIDA FORMA DE UN INSTRUMENTO NEGOCIABLE. — CONDICIONES QUE SE REQUIEREN PARA HACERLO.— ENDOSO AL COBRO.—CLAUSULAS DE ADHESION. — Se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 12 de julio de 1940, en el ordinario sobre pago de una suma adelantado por el Banco Alemán-Antioqueño contra Jaime Isaza Villeta. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango	572
ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 28 de septiembre de 1940, en el ordinario de José María, María, Ana Rosa y Clementina Forero Sánchez y Martín Angel contra el municipio de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza.	547	ACCION DE NULIDAD DE UNA SENTENCIA. — ETICA JURIDICA. — REVALIDACION DE PAPEL SELLADO. — JURISDICCION. — No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día 27 de junio de 1940, en el ordinario de Emilano Grillo contra Fernando Anzola y la señora Sofía Toro de Anzola. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez	582
REIVINDICACION. — AUTO PARA MEJOR PROVEER. — APRECIACION DE LA PRUEBA INDICIARIA. — No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el día 22 de mayo de 1940, en el ordinario de Elvira Forero contra Roberto Rodríguez Lleras y Waldina		PERJUICIOS.— RESPONSABILIDAD POR CULPA. — COSTAS. No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 22 de octubre de 1940, en el juicio de responsabilidad civil seguido por Miguel Macías contra el doctor Gerardo Torres. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza	588

	Págs.		Págs.
ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—ACU-SACION POR LA PRIMERA CAUSAL. — COSTAS EN CA-SACION. — No se casa la sen-tencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha 25 de mayo de 1940, en el ordinario de la seño-rita Leonor Ramírez Sánchez contra el Banco Agrícola Hipo-otecario. Magistrado ponente, doctor Isaias Cepeda.	594	rica Vélez.	606
SALVAMENTO DE VOTO a la sentencia anterior, del Conjuetz, Eduardo Rodríguez Piñeres . . .	599	FILIACION NATURAL. — HIS-TORIA EVOLUTIVA DEL DE-RECHO SOBRE ESTA MATE-RIA EN FRANCIA. — CINCO CASOS EN QUE PERMITE LA LEY FRANCESA LA INVES-TIGACION DE LA PATERNI-DAD. — HISTORIA SOBRE LA MATERIA EN COLOMBIA. — ANALOGIAS Y DIFERENCIAS ENTRE LAS DOS LEGISLA-CIONES. — EL EST A T U T O PATRIO NO SEÑALO TERMI-NOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCION DE INVESTIGA-CION.—LA MUERTE DEL PA-DRE NATURAL ES CAUSA DE LA EXTINCION DE ESA ACCION. — QUIEN ES LEGITI-MO CONTRADICTOR, CON-TRADICTOR, CONFORME A NUESTRA LEGISLACION, EN LA CUESTION DE PATERNI-DAD. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 12 DE LA LEY 45 DE 1936. — RESPUES-TA A VARIAS OBJECIONES. Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Dis-trito Judicial de Santa Marta el 15 de junio de 1940, en el juicio de reconocimiento de hijo natu-ral, interpuesto por Régulo Me-léndez como tál, contra la suce-sión de su padre José María Far-fán, representada por la esposa legítima Carmelina de Farfán. Magistrado ponente, doctor Ful-gencio Lequerica Vélez	614
ACCION PAULIANA. — SIMU-LACION. — ACCION DEL ACREEDOR PARA DEMAN-DAR LA SIMULACION DE UN ACTO DE SU DEUDOR. — CONDICIONES PARA EJER-CERLA. — SOBERANIA DEL TRIBUNAL SENTENCIADOR EN LA APRECIACION DE LOS IN-DICIOS Y SUS LIMITACIO-NES. — No se casa la senten-cia proferida por el Tribunal Su-perior del Distrito Judicial de Ibagué de 28 de junio de 1940, en el ordinario de Rosa Góngora v. de Sánchez contra Fruc-tuoso Villabón y Manuel Justini-co Zamora. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón	600	SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR HER-NAN SALAMANCA, a la sen-tencia anterior de filiación natu-ral.	632
ESTADO CIVIL COMO DERE-CHO ADQUIRIDO. — SU DIS-TINCION DEL DERECHO DE HERENCIA. — EL DERECHO REAL DE HERENCIA NO ES UN DERECHO ADQUIRIDO DURANTE LA VIDA DEL CAUSANTE, SINO UNA MERA EXPECTATIVA DE SUCEDER-LE. — LEYES NUEVAS QUE MODIFICAN LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES ANEXOS A DETERMINADO ESTADO CI-VIL. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Su-perior del Distrito Judicial de Bo-gotá el 29 de julio de 1940, en el ordinario de filiación natural y concurrencia a heredar con legí-timos, de Juana Francisca Du-que contra Mercedes, Ana María, Eva, Concepción, Medardo, e Inés Duque Godoy. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Leque-		SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL	
		No se invalida la sentencia del Tri-bunal Superior del Distrito Ju-dicial de Tunja que condenó a Gregorio Roperó Hueso, como responsable de doble homicidio voluntario, a la pena principal de diez y ocho años de presidio. Ma-gistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre.	641
		INTERPRETACION DEL A R-	

Págs..

Págs.

TICULO 287 DE LA LEY 57 DE 1887. — LOS EFECTOS DE LA NULIDAD BENEFICIAN A LOS REOS NO RECURREN- TES. — Se invalida la senten- cia del Tribunal Superior de San Gil, de 13 de febrero de 1940 por la cual se impuso a Jo- sé Agustín Barragán y Crisanto Herrera la pena de seis años y de nueve años y quince días de presidio, respectivamente, se de- clara nulo el procedimiento des- de la audiencia ante el jurado y se ordena reponer la actuación a partir del auto sobre señalamien- to de día y hora para el sorteo de jurados. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto.

645

SALVAMENTO DE VOTO a la anterior sentencia del Magistra- do doctor Campo Elías Agui- rre.

651

NULIDAD POR IMPEDIMENTO INALLANABLE NO DECLA- RADO. — EXTENSION DE LOS EFECTOS DE LA SEN- TENCIA DE CASACION AL REO NO RECURRENTE. — Se infirma la sentencia del Tribu- nal Superior de Pamplona, fecha- da el 5 de julio de mil novecien- tos cuarenta, por la cual se con- denó a Ildefonso Rodríguez, y Se- vero Villamizar, a 17 años de presidio, para cada uno. Se or- dena reponer el procedimiento a partir de la providencia dictada por el Tribunal el 17 de junio de mil novecientos treinta y siete. Magistrado ponente, doctor Ab- salón Fernández de Soto

653

LA AUSENCIA DEL DEFENSOR, SIN CAUSA JUSTIFICADA, NO VICIA DE NULIDAD LA CELEBRACION DEL JUICIO. No se invalida la sentencia de diez y siete de julio de mil nove- cientos cuarenta, por la cual el Tribunal Superior de Pamplona condenó a Pedro Lizcano a vein- te años de presidio, por el delito de parricidio cometido en la per- sona de Vicente Lizcano. Ma- gistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto

659

CUANDO PUEDE CONSIDE-

RARSE UN HOMICIDIO COMO "DE LOS MENOS GRAVES" ANTE EL CODIGO PENAL DE 1890. — EN PROCESO INICIA- DO DURANTE LA VIGEN- CIA DE ESTE, AUN CUANDO EL REO INTENTE LA CASA- CION INVOCANDO LOS NUE- VOS CODIGOS, EL RECURSO DEBE CONTEMPLARSE A LA FAS DE LA LEGISLACION ANTERIOR SI ELLO RESUL- TARE MAS FAVORABLE AL PROCESADO. — Se invalda la sentencia del Tribunal Supe- rior de Pamplona que condenó a Abraham Ríos a la pena de ca- torce años, siete meses y quin- ce días de presidio. En su lugar se le impone la pena de once años, cuatro meses y quince días de presidio, y otras penas acce- sorias. Magistrado ponente, doc- tor José Antonio Montalvo . . .

661

EL LLAMADO ARBITRIO DEL JURADO. — NULIDAD POR VEREDICTO CONTRADICTO- RIO. — Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Buca- ramanga, de fecha diez de junio de mil novecientos cuarenta, por la cual se impuso a Timoleón Pe- ña Vargas la pena de veinticu- tro años de presidio, y en su lu- gar se ordena convocar a nuevo jurado para que se le someta los mismos cuestionarios que se propusieron al reunido ya en esta causa. Magistrado ponen- te, doctor Absalón Fernández de Soto.

666

CASO ESPECIAL EN QUE A PE- SAR DE LA POSIBLE NULI- DAD DE LO ACTUADO NO SE INVALIDA LA SENTENCIA CONDENATORIA POR CUAN- TO ELLO RESULTARIA PER- JUDICIAL PARA EL REO. — No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de San Gil fe- chada el quince de mayo de mil novecientos cuarenta, que con- denó a Luis María Barrera a seis años y quince días de presi- dio, como responsable de la muer- te de Isaías Sánchez y de heridas a José Gutiérrez. Magistrado po- nente, doctor José Antonio Mon- talvo.

674

Págs.

Págs.

LA FAVORABILIDAD DE LA LEY PENAL EN MATERIA DE PRESCRIPCION. Se sobresee definitivamente en favor del Comisario Especial del Putumayo, doctor Aníbal A. Córdoba, por el cargo de responsabilidad que se le había imputado. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre.

676

FUNDAMENTO DE LA NULIDAD PROCESAL ORIGINADA EN EQUIVOCACION RELATIVA A LA EPOCA Y LUGAR EN QUE SE COMETIO EL DELITO Y AL NOMBRE O APELLIDO DEL RESPONSABLE O DEL OFENDIDO. — EL NUEVO CODIGO PENAL ABROGA EL ARTICULO 3º DE LA LEY 54 DE 1913 (PENA FIJA DE VEINTE AÑOS DE PRESIDIO NO SUJETA A REBAJAS); Y ASI HOY LOS REOS PUEDEN APROVECHARSE DEL BENEFICIO DE LIBERTAD CONDICIONAL, CUALQUIERA QUE SEA LA CUANTIA DE LA PENA, AUN LA APLICADA SEGUN EL VIEJO CODIGO.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona fechada el treinta de abril de mil novecientos cuarenta, que impuso a Luis Ramón Gómez la pena principal de veinte años de presidio por asesinato en la persona de Marcos Antolínez. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo.

679

REPOSICION PEDIDA POR EL SENOR PROCURADOR DELEGADO EN LO PENAL, RESPECTO DEL AUTO DE 4 DE AGOSTO DE 1941. — FIJA LA CORTE EL ALCANCE DEL ARTICULO 41 DE LA LEY 153 DE 1887. — No se accede a la reposición que solicitó el señor Procurador Delegado en lo penal del auto de cuatro de agosto, por el cual se sobresee definitivamente en favor del doctor Aníbal A. Córdoba, Comisario Especial del Putumayo. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre.

684

LA ACUMULACION DE UNA SO-

LA FORMULA DE LAS CUESTIONES SOMETIDAS AL JURADO PRODUCE NULIDAD EN EL JUICIO? — No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, fechada el veintidós de febrero de mil novecientos cuarenta, por la cual se condenó a Marco Antonio Rincón y Praxedis Jiménez, a cada uno, a la pena de veinticinco años de presidio como responsables en concurso recíproco de séxtuplo asesinato y robo. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto.

689

CUANDO PUEDEN SER RECUSADOS LOS JURADOS. — COMO DEBE ENTENDERSE EL ARTICULO 493 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, SOBRE IMPEDIMENTOS DE AQUELLOS. — EN QUE CASOS SON APLICABLES A UN REO LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. — No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, fechada el diez y siete de febrero de mil novecientos cuarenta, que impuso a Leonardo Bárcenas la pena principal de nueve años de presidio como responsable de la muerte violenta de Luis Tafú Gómez. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo.

694

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

MINAS. — INTERVENTOR.—Se confirman los autos apelados preferidos por el Tribunal Superior de Cali, con fecha 9 de mayo, en el ordinario de Manuel Ma. Mosquera contra la Nación sobre entrega de una mina. Magistrado ponente, Dr. Juan A. Donado V. SE REFORMA EL AUTO DE FECHA 5 DE NOVIEMBRE DEL AÑO PASADO — INTERESES. Se reforma el auto de fecha 5 de noviembre de 1940, en el ordinario de Gregorio Jaramillo contra el Departamento de Boyacá, por suma de pesos. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta

688

703

RECURSO DE SUPLICA.—TER-

	Págs.		
MINO PROBATORIO EN ASUNTOS DE PETROLEOS.— La Sala Dual de la de Negocios Generales confirma el auto de fecha 12 de febrero de 1941 en el juicio sumario originado en las oposiciones a un contrato para explotación de petróleos propuesto al Estado por la Texas Petroleum Company.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán	706		
EXCEPCIONES. — MULTAS—Se declaran no probadas las excepciones en el ejecutivo del Recaudador de Hacienda Nacional de Santa Rosa de Osos contra Belisario Pérez.—Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta	709		
SE RESUELVE LA SOLICITUD SOBRE ACLARACION DEL FALLO DE FECHA 13 DE FEBRERO DE 1941. — Se declara que no es el caso de aclarar la sentencia proferida en el juicio sumario surgido de las oposiciones a la propuesta de contrato de Jaime Gutiérrez para explorar y explotar petróleo. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán	712		
ALCANCE ANTE LA JUSTICIA ORDINARIA DE DECISIONES PROFERIDAS EN JUICIOS ADMINISTRATIVOS. —Se confirma el fallo proferido por el Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales de Bogotá en el ejecutivo contra Miguel Canales Gómez. Magistrado ponente, doctor Juan A. Donado V.	714		
NO HAY LUGAR A ACLARAR EL FALLO DE FECHA 19 DE FEBRERO DE 1941.—No es el caso de hacer las declaraciones solicitadas en el juicio sumario surgido de la oposición a la propuesta de contrato de Roberto Peña para explorar y explotar petróleo. - Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán..	720		
PERJUICIOS. — AGENTES DEL		MINISTERIO PUBLICO. — SU CONFESION EN JUICIO. — Se confirma la sentencia proferida por el Tribunal de Medellín en el ordinario promovido por Juvenal Botero contra el Departamento de Antioquia, por perjuicios. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta.	723
		SE REVOCA EL AUTO APELADO.— Revoca la Sala el auto de fecha 27 de noviembre de 1940 en el ordinario que ante el Tribunal de Bogotá promovió Carlos H. Pareja contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta.	729
		RECURSO CONTENCIOSO DE PLENA JURISDICCION — Declara la Sala que no es de su competencia el conocimiento del juicio promovido por el doctor Ulises Rojas, como apoderado de Manuel José Bohórquez, contra el Departamento de Boyacá, ante el Tribunal de Tunja, para el pago de unos sueldos. Magistrado ponente, doctor Juan A. Donado V.	731
		RECURSO DE HECHO.— Se admite el recurso de hecho presentado por Roberto Fernández en el ejecutivo de la Nación contra los herederos de Tomás Fernández. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta.	737
		ACCION SOBRE DECLARACION DE BALDIOS. — LA LEY SOBRE TIERRAS Y SUS EFECTOS EN RELACION CON EL DOMINIO DE TIERRAS BALDIAS—Se confirma el fallo proferido por el Tribunal de Bogotá en el juicio ordinario promovido por el Fiscal Segundo del Tribunal de Bogotá, a nombre de la Nación, contra las herencias de Lucía Caycedo de Leiva y Uldarico Leiva, sobre propiedad de unos baldíos a favor de la Nación	739
		SE HONRA LA MEMORIA DEL Doctor DONADO. — Decretos y acuerdos	751

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

“Saber las leyes non es tan solamente en aprender et decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento”.

(SIETE PARTIDAS: PARTIDA 1a., TITULO 1o., LEY XIII).

“Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite”.
(Proemium Institutio num D. Justiniani)

TOMO LI

Bogotá, noviembre de 1941.

NUMERO 1975.

COMENTARIOS A LA LEY 28 DE 1932

ARTICULO 2º

“Cada uno de los cónyuges será responsable de las deudas que personalmente contraiga, salvo las concernientes a satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, respecto de las cuales responderán solidariamente ante terceros, y proporcionalmente entre sí, conforme al Código Civil”.

En cuanto al principio general consignado en esta regla, de responsabilidad personal y exclusiva de cada cónyuge por las deudas que contraiga, es claro que en nada lesiona a los acreedores por deudas contraídas antes de la expedición de la ley, porque a ellas sigue afecto todo el patrimonio social que hasta entonces

existiera, y el nuevo régimen no podía venir a perturbar derechos adquiridos de terceros.

La responsabilidad personal exclusiva con respecto a las nuevas deudas obedece al concepto de separación patrimonial práctica, y tal principio no es otra cosa que generalización o confirmación del contenido en el artículo 206 del Código, que dice:

“Los acreedores de la mujer separada de bienes por actos o contratos que legítimamente han podido celebrarse por ella, tendrán acción sobre los bienes de la mujer”.

“El marido no será responsable con sus bienes, sino cuando hubiere accedido como fiador, o de otro modo, a las obligaciones contraídas por

la mujer. Será asimismo responsable, a prorrata, del beneficio que hubiere reportado de las obligaciones contraídas por la mujer, comprendiendo en este beneficio el de la familia común en la parte en que de derecho haya él debido proveer a las necesidades de ésta.

"La simple autorización no le constituye responsable".

Desde antes de comenzar el debate parlamentario del proyecto, en repetidas ocasiones se formulaba esta pregunta: ¿qué van a hacer los terceros? ¿Cómo van a tratar a las personas casadas en sus relaciones comerciales? Pues sencillamente como separadas de bienes. Si anteriormente el tercero que iba a negociar con una mujer tenía que averiguar ante todo si era casada y exigir el asentimiento del marido, la licencia judicial si era del caso, etc., porque sabía que sólo excepcionalmente la mujer casada tenía libertad para contratar, ahora es a la inversa: ya no tiene que preocuparse por el estado civil de la mujer, ya no corre el riesgo de que siendo casada se le presente como soltera o viuda, corriendo así el peligro de celebrar un contrato nulo, sabe que por concepto del matrimonio la mujer no se incapacita y que, salvo el caso excepcional de capitulaciones, aquélla goza de plena libertad civil.

En relación con el marido, el tercero seguirá tratándolo como antes, con la diferencia de que sabiendo que su situación es la de marido separado de bienes prácticamente, debe tener en cuenta esta circunstancia.

Esta disposición consagra, en lo general, la independencia de los cónyuges en cuanto a deudas con terceros. La que contraiga el marido no afecta a la mujer ni las que contraiga ésta afectan al marido, salvando ciertas obligaciones familiares.

Se hizo el reparo de que el siste-

ma consagrado en la nueva ley ocasionaría muchísimas dificultades en cuanto a esas obligaciones, como las de crianza, educación y establecimiento de los hijos, etc., que el proyecto era deficiente porque quedando reformado el Código en muchísimos pasajes, faltaban las reglas que llenaran esos vacíos. Habría podido resultar fundado este temor si el Código no contuviera normas adecuadas al estado matrimonial de separación de bienes. Pero como sí existen reglas aplicables a esa situación y principios generales de derecho útiles para resolver todas las dificultades, éstas no constituirán problemas insolubles.

Así, por ejemplo, tratándose del caso concreto enunciado, dentro del régimen nuevo es aplicable el segundo inciso del artículo 257 del Código Civil, que dice:

"Artículo 257. Los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos legítimos, pertenecen a la sociedad conyugal, según las reglas que tratando de ella se dirán."

"Si la mujer está separada de bienes, correrán dichos gastos por cuenta del marido, contribuyendo la mujer en la proporción que el Juez designare; y estará obligada a contribuir aun la mujer divorciada que no haya dado causa al divorcio."

"Pero si un hijo tuviere bienes propios, los gastos de su establecimiento y, en caso necesario, los de su crianza y educación podrán salir de ellos, conservándose íntegros los capitales en cuanto sea posible..."

También tiene aplicación el artículo 105, *ibídem*, que dispone:

"En el estado de separación, ambos cónyuges deben proveer a las necesidades de la familia común a proporción de sus facultades. El Juez, en caso necesario, reglará la contribución".

Dice el artículo 2° de la Ley que respecto de los referidos gastos los cónyuges "responderán solidariamente ante terceros y proporcionalmente entre sí, conforme al Código Civil". De manera que si el marido o la mujer contraen una deuda por educación de un hijo, el acreedor puede demandar a cualquiera de los cónyuges en virtud de la solidaridad establecida en la Ley, pero como en la relación entre los dos cónyuges esa deuda los grava proporcionalmente, según el artículo 257 del Código, el cónyuge que pague puede repetir contra el otro por la parte proporcional que se acuerde o que el Juez designe.

La relacionada solidaridad ante terceros y proporcionalidad entre sí, respecto de las deudas en cuestión no rigen, conforme al artículo comentado, sino en cuanto se trate de "hijos comunes", pues es obvio que en los gastos de crianza, educación y establecimiento del hijo de un cónyuge, pero que no lo es del otro, sobre éste no pesa ninguna parte de esa deuda.

ARTICULO 3°

"Son nulos absolutamente entre cónyuges las donaciones irrevocables y los contratos relativos a inmuebles, salvo el de mandato general o especial".

Dos objetos persigue esta disposición en su parte prohibitiva: ponerle alguna traba a las enajenaciones simuladas entre cónyuges en perjuicio de los acreedores y evitar en cuanto sea posible que un marido poco escrupuloso llegue a conseguir de la mujer el traspaso a su favor de bienes raíces de la última.

Es verdad que en los casos de mala fe y propósito de burlar la ley, los

interesados podrán encontrar medios indirectos de realizar su propósito, pero el recurso de la simulación tiene graves peligros que no siempre se afrontan y en relación con los acreedores también se empleaba antes; lo mismo que en perjuicio de la mujer, pues frecuentemente se vendía una finca de ella y luégo aparecía en cabeza del marido, o éste compraba para sí otro bien con el precio de aquél, o el segundo lo adquiría la mujer pero sin declarar la subrogación, y el día menos esperado lo enajenaba el marido como bien social.

El precepto contiene, en su parte principal, la restricción que existía en el Código respecto de negocios entre cónyuges, pero limitada a las donaciones irrevocables y a los contratos sobre bienes raíces, como compraventa, permuta, arrendamiento, hipoteca, anticresis, partición contractual de una finca común, sociedad con aporte de inmuebles, etc., y todos aquellos negocios en que haya posibilidad de que los intereses de un cónyuge, especialmente de la mujer, en cuya protección se inspira de modo especial el artículo, puedan ser menoscabados por el otro.

Es entendido que la prohibición contenida en el artículo 3° de la ley no rige en el caso del artículo 7° aunque en la liquidación se comprendan bienes inmuebles. (Véase la sentencia infra. de la Corte Suprema del 18 de abril de 1939).

Pero con el objeto de no deprimir la capacidad jurídica de la mujer, que la nueva ley ha consagrado, y con el propósito de no causar perturbaciones o trastornos en la administración de bienes de los matrimonios bien avenidos, en que el marido es hombre tapaz, escrupuloso y de buenas costumbres, y la mujer le otorga por lo mismo toda su confianza, la ley permite el mandato general o especial, aunque se refiera al manejo

y disposición de inmuebles, de manera que la ley ofrece el medio fácil para que las administraciones matrimoniales existentes al tiempo de entrar a regir aquélla, continúen a cargo del marido, pero con varias ventajas en beneficio de la mujer: la de que el mandato contractual es libremente revocable, lo que no ocurría con el poder administrativo que por ley tenía el marido anteriormente, la de que ese mandato será tan amplio o restringido como la mujer quiera y con las limitaciones propias del mandato según las reglas generales del Código, y la de que la mujer tendrá la acción de cuentas y las demás que a favor del mandante consagra el mismo estatuto. La ley no hizo sino generalizar la regla contenida en el artículo 207 del Código Civil.

Se hizo el reparo de que con el mandato general el marido podría quedarse con la fortuna inmueble de la mujer, pero tal objeción queda destruída con el artículo 2,170 del Código Civil, que dice:

“.....No podrá el mandatario por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuere con aprobación expresa del mandante”.

Ahora bien, la “aprobación expresa del mandante” a que se refiere la parte final del artículo copiado, no le servirá al marido mandatario para adquirir un bien raíz de la mujer

mandante, porque dicha aprobación implicaría contrato sobre inmuebles entre marido y mujer, lo que está prohibido por el artículo 3º comentado.

En cuanto a la prueba del mandato civil, no debe olvidarse el artículo 2,149 del Código Civil, que reza:

“.....El encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra.....”

Naturalmente, los terceros que negocien con un hombre que pretende contratar como mandatario de su mujer, deberán cuidarse de exigir la prueba más satisfactoria del mandato.

Al hablar el artículo del mandato general, es obvio que no se refiere al simplemente civil, sino también al judicial, que puede ser general o especial y debe en todo caso otorgarse con las solemnidades que las leyes exigen para esta clase de poderes.

Continuará.

LUIS F. LATORRE U.

(Del libro “El Estatuto de la mujer casada”).

SALA DE CASACION EN LO CIVIL



REIVINDICACION

A quien compra a sabiendas de que su vendedor no es el dueño, no puede atribuírsele buena fe, dado el artículo 768 del C. C.; pero esto es muy distinto de que por comprar en esas circunstancias incurra en error de derecho, tanto por lo que en sí significa este error, cuanto porque el artículo 1871 de esa obra da validez a la venta de cosa ajena.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Gedalje Breziner y Esther Gitla Rotsztajn de Ledermann, por medio de apoderado, demandaron a Hermógenes Alférez, en reivindicación de la Jaula, hacienda ubicada en Fómeque, formulando las habituales solicitudes de los juicios de esta clase; de suerte que, a más de la declaración de ser dueños de ese fundo, piden se ordene al reo entregárselo y que se le condene a pagarles los daños y deterioros de la finca y sus frutos desde que entró a ocuparla, así como las costas del juicio.

Se fundaron en haber comprado ese bien por escritura número 2446, de 24 de octubre de 1936, otorgada en la Notaría 1ª de Bogotá, que en copia registrada adjuraron; en que los antecesores de los demandantes en el dominio de ese inmueble obtuvieron su entrega judicial y además

ganaron interdicto posesorio contra el causante inmediato del demandado, y en que éste es poseedor de mala fe.

Admitida la demanda en el Juzgado Civil del Circuito de Cáqueza y notificada en Fómeque el 9 de agosto de 1937 al demandado, éste la contestó oponiéndose, negando el pretendido dominio de los actores, afirmando el suyo propio con justo título e invocando entre otras la excepción de prescripción adquisitiva tanto ordinaria como extraordinaria. Con su respuesta presentó copia registrada de la escritura número 1366, otorgada en la Notaría de Cáqueza el 17 de noviembre de 1926, en que Marcelino Alférez le vende la dicha finca.

La primera instancia la falló el Juzgado el 20 de abril de 1938, absolviendo al demandado por falta de prueba del dominio de los demandantes. Por apelación de éstos, se surtió la segunda instancia, que el Tribunal Superior de Bogotá cerró con su sentencia de 10 de julio de 1940, que también absolvió al demandado, no obstante hallar el dominio de los actores, por acoger la prescripción adquisitiva ordinaria en favor de aquél.

El apoderado de los demandantes interpuso casación, recurso que se le concedió tras discutida tramitación sobre la cuantía, por lo cual el proceso no subió a la Corte hasta Febrero del presente año.

Aquí se admitió aquél y ha recibido su tramitación. Debe, pues, decidírsele ya. A ello se procede.

Dentro del motivo 1º de los del artícu-

lo 520 del C. J. formula en sendos capítulos estos tres cargos, en resumen:

a) Está demostrado que la finca en cuestión sí linda por el pie, como dicen los actores, con las denominadas Tachuga y San Antonio, y el demandado al contestar el libelo inicial negó esa colindancia de su finca con éstas. De ahí deduce el recurrente que Alférez no tiene la posesión necesaria para usucapir, confesando que su posesión no llega a tanto; de suerte que el Tribunal yerra al desoír esta confesión y reconocer, a pesar de ella, la posesión material que reconoce al reo; y, además, yerra por tomar como prueba de esa posesión material la declaración hecha por él sobre este tópico en su citada escritura de compra, que en ello no puede tener alcance contra terceros. De ahí la violación de estos artículos del C. Civil; del 2637, por extender el alcance del registro a la posesión material, limitado como está a la inscrita; del 1759 por dar a la citada declaración escrituraria alcance contra los actuales demandantes cual si fuesen otorgantes; del 762 y el 981 por no haberlos tenido en cuenta al determinar el comienzo de una posesión capaz de fundar prescripción, y del 2512, el 2518 y 21, 2528, por declarar producida la usucapición que el Tribunal declara en favor de Alférez.

b) Este hubo por compra a Marcelino Alférez; pero éste había vendido la finca desde 1919 a otra persona, de quien en febrero de 1925 recuperó sólo la mitad, a más de lo cual, aquél no había adquirido cuerpo cierto sino derechos proindivisos. Por tanto, Hermógenes carece de la buena fe indispensable para la prescripción declarada, ya que aquélla es la conciencia de haber adquirido del verdadero dueño por medios legítimos. Agrega el recurrente que al comprar Hermógenes con esos antecedentes, cometió un error de derecho, del que se deduce mala fe sin posible prueba en contrario. Todo ello produjo o implica violación de los artículos 764, 768 y 2528 del C. C.

c) También se violaron estas disposiciones por el error de dejar de tomar en

cuenta las diligencias de policía en curso cuando Marcelino vendió a Hermógenes y falladas contra aquél el 3 de enero de 1927 en providencia que demuestra que para el 17 de noviembre de 1926, fecha de esa venta, no había la posesión declarada en tal instrumento, sin embargo de lo cual la sentencia hace datar de esa fecha la posesión de Hermógenes de donde deriva la usucapición.

Se considera:

La negativa del demandado sobre que por el pie colinda su finca con Tachuga y San Antonio, la explica ahora su apoderado manifestando que estos nombres fueron de fincas extensas fraccionadas en forma de que no los conservan hoy las porciones de las mismas contiguas a la Jaula. Sea ello o no así, es el caso que en la inspección ocular practicada como prueba en la segunda instancia de este juicio el 29 de noviembre de 1938, que comienza declarando que su personal "procedió a recorrer la finca llamada La Jaula por su situación y linderos", establece con la fuerza probatoria que le da el artículo 730 del C. J., la identidad del predio y dice: "tanto los del libelo de la demanda como los de la escritura número 2446 son los mismos, aunque con diferente redacción, y los mismos que hoy tiene la citada hacienda de La Jaula" (Cuaderno 7º, folio 13). Precisados así los linderos, es inadmisibles que sobre esta prueba fehaciente y sobre la identidad que de ella fluye, prevalezca la citada negativa del reo.

Aunque estas consideraciones bastarían, se observa acerca de la identidad de lo pretendido por los actores con lo ocupado por el reo, que ella era de suponerse desde luego con el solo hecho de dirigir ellos su demanda contra Alférez, con lo que implícitamente comienzan por afirmar esa identidad, dado el artículo 946 del C. C.

En el alcance probatorio de las declaraciones de una escritura según se trate de terceros o de los otorgantes o quienes de éstos deriven sus derechos, hay la di-

ferencia que advierte el recurrente citando el artículo 1759 de esa obra. Pero la posesión del demandado está comprobada con el dicho uniforme de numerosos testigos presenciales de que él ha tenido su habitación y labores agrícolas en esa finca por el largo lapso continuo reconocido por el Tribunal.

Las diligencias de policía a que se refiere el recurrente como algo que impide admitir que Marcelino estuviera poseyendo durante ellas y pudiera entregarle materialmente a Hermógenes lo que le vendía al otorgarle la escritura de 1926, fueron incoadas por aquél contra los señores Turriagos en solicitud de amparo contra las perturbaciones de éstos en la posesión de él. No pueden, pues, considerarse como prueba de que Marcelino no poseía ni de que Hermógenes no pudo entrar a poseer, aunque a la verdad terminaron con sentencia desfavorable a aquél fechada el 3 de enero de 1927.

Más todavía: aunque en gracia de hipótesis se les reconociera el alcance y sentido que el recurrente afirma, tampoco podría deducirse de ahí algo que impediría que en fecha posterior a ese 3 de enero entrara Hermógenes a poseer materialmente lo comprado en noviembre anterior; y para comenzar a poseer antes del 9 de agosto de 1927 no puede considerarse como obstáculo insalvable aquella decisión policiva. Se habla de esta fecha, porque fue el 9 de agosto de 1937 cuando se le notificó la demanda inicial de este juicio. Para usucapir le bastaban diez años hacia atrás a partir de este día. No era necesario para esto que la posesión principiara precisamente el día de su escritura de compra.

A quien compra algo a sabiendas de que su vendedor no es el dueño, no puede atribuírsele buena fe, dado el artículo 768 del C. C.; pero esto es muy distinto de que por comprar en esas circunstancias incurra en error de derecho, tanto por lo que en sí significa este error, cuanto porque el artículo 1871 de esa obra da validez a la venta de cosa ajena, no sin advertir — conviene aquí recordarlo — “sin

perjuicio de los derechos del verdadero dueño”, ni sin agregar “mientras no se extingan por el lapso de tiempo”.

En atención a que Hermógenes afirma haber vivido y trabajado en La Jaula desde mucho antes de comprarla y a que es hijo de Marcelino, no puede aceptarse en Hermógenes la buena fe indispensable para la prescripción que se le ha declarado. Es de suponerse que si el Tribunal quiso formar su concepto también desde este punto de vista por decirlo así familiar, hubo de comprender que para proceder en debida forma no podía descuidar ninguno de los elementos constitutivos de ese ambiente, entre los cuales, por ejemplo, se halla el de que, tratándose de compraventa entre padre e hijo, sería explicable la prescindencia del examen nimio de los títulos, y también que Marcelino se reputó siempre dueño de la finca de que otorgó escritura en 1919, la que al decir de él fue de confianza, por lo cual no hizo entrega material al aparente comprador y conservó él la posesión hasta venderle a Hermógenes. No se significa con esto que las ventas y su realidad o su simulación hayan de darse por comprobadas con el solo dicho de un interesado, pues simplemente se está razonando en forma hipotética dentro del ambiente hogareño en que, al formularse así los reparos del recurrente, habría de pensarse sobre la conciencia de Hermógenes al comprar, a fin de establecer su buena fe tal como precisa esta expresión el citado artículo 768.

Y saliendo de ese terreno hipotético o conjetural, se encuentra que, aunque el recurrente presenta lógicamente su argumentación y ella tiene incuestionable fuerza, el Tribunal no la halló suficiente para respaldar su fallo ante las exigencias del artículo 593 del C. J.; y que, no hallándose a esos respectos un indicio necesario ni otra prueba de su categoría, no puede tampoco hallarse el error de derecho o el error manifiesto de hecho en cuya virtud se quebrantaran las mencionadas disposiciones legales sustantivas, y sabido es que en los cargos de esta clase, si tal error no se demuestra, no cabe casar.

de acuerdo con el artículo 520 de esa obra en su numeral 1°

Si la prescripción declarada hubiera sido la extraordinaria, precisamente habrían tenido que estudiarse la posesión de Marcelino y los títulos en que respaldara su venta a Hermógenes en 1926; pero, declarada la ordinaria y bastando para ésta esa escritura, es improcedente el problema de si Marcelino obró o no bien en ley al vender cuerpo cierto no habiendo tenido inicialmente sino derechos proindiviso, como el recurrente afirma. Por otra parte, lo que sí es pertinente a este recurso en relación con los títulos de Marcelino, o sea, lo atañadero a la buena fe de Hermógenes, queda ya estudiado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Su-

prema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida, o sea, la dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha diez de julio de mil novecientos cuarenta.

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

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango.
 Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa
 Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Her-
 nán Salamanca — Emilio Prieto Hernán-
 dez, Ofl. Mayor en ppdad.

ACCION REIVINDICATORIA

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

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

En su propio nombre y por medio de libelo fechado el 1° de julio de 1938, ante el Juzgado del Circuito de Pacho, María Ignacia Angulo demandó a Víctor Manuel Rubio para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declarara "que un lote de terreno que hace parte del conocido con el nombre de La Esmeralda y del terreno del Hatillo, de la comprensión de este municipio de Pacho y que actualmente posee el demandado señor Víctor Manuel Rubio por los siguientes linderos. hace parte de las adjudicaciones que se le hicieron a la petionaria en la sucesión del señor Pedro Sixto Angulo en su condición de cesionaria de la señora Elisa de Angulo y en la sucesión de la señorita Sara Angulo conforme a la hijuela de adjudicación número 241 de 5 de mayo de 1928, de la Notaría de este Circuito de Pacho por estar comprendido dentro de la alinderación a que se refiere la hijuela de adjudicación ya citada y de consiguiente es de mi propiedad por no habérselo yo vendido a persona alguna y menos al demandado". Como consecuencia de esta declaración principal pide la actora que condene al demandado y restituirle el lote que alindere en su demanda con sus frutos naturales y civiles, los percibidos y los que hubiera podido percibir desde que comenzó su posesión hasta su entrega, más las costas de este juicio.

Se opuso el demandado a que se hicieran las declaraciones impetradas en la

demanda, negó los hechos principales en que se apoyó y alegó y propuso la excepción perentoria de prescripción ordinaria del terreno sobre que versa la acción de dominio. Trabada sobre estas bases la litis, fue decidida por el Juzgado del Circuito en sentencia de 17 de junio de 1939 en la cual declaró probada la prescripción ordinaria alegada por el demandado a quien, en consecuencia, absolvió de los cargos de la demanda. No hizo condena en costas.

Sentencia acusada

La apelación que oportunamente interpuso contra este fallo la parte demandante dio lugar a la segunda instancia del juicio que se surtió ante el Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, y que fue decidida en sentencia de 13 de junio de 1940, que revocó la del Juzgado y en su lugar declaró que la actora "es dueña del lote o globo de terreno que deslinda el punto primero petitorio de la demanda, el cual hace parte de las adjudicaciones que en predio de La Esmeralda, sección del Hatillo, en jurisdicción del mismo municipio, le fueron hechas dentro del juicio divisorio protocolizado mediante escritura pública número 241 de 5 de mayo de 1928, de la Notaría de Pacho", y condenó, en consecuencia, al demandado a restituirlo con sus frutos naturales y civiles los producidos y los que hubiera podido producir en poder del dueño con mediana inteligencia y actividad, desde la contestación de la demanda. Se dejaron a salvo los derechos del demandado respecto de mejoras hechas por él en el lote, y se negó el pedimento de costas.

El Tribunal tuvo a su vista y consideración, para fallar esta acción reivindicatoria, los siguientes elementos de prue-

ba, de los que dedujo las condiciones legales para la prosperidad de la demanda:

La escritura pública número 241 de 5 de mayo de 1928, de la Notaría del Circuito de Pacho, citada por la actora en su demanda como fuente, de su derecho de dominio, por medio de la cual se hizo la protocolización del juicio divisorio del predio de La Esmeralda, con el cual se puso fin a la comunidad herencial producida por la muerte de Pedro Sixto Angulo, padre de la demandante, y en el cual le fueron adjudicados a María Ignacia Angulo cuatro lotes de La Esmeralda, especialmente alinderados, en pago de sus derechos como heredera de su padre y como cesionaria de la sucesora Sara Angulo.

Las escrituras públicas números 2 de 5 de enero de 1910, y 120 de 6 de marzo de 1918, otorgadas ante el notario del Circuito de Pacho, de donde se hace arrancar el derecho del demandado sobre el lote cuestionado, la primera contentiva de la venta que Elisa Muller de Angulo, viuda de Pedro Sixto Angulo, hace a Froilán Mahecha Z. de cuarenta fanegadas de tierra en el terreno denominado La Esmeralda, sección del Hatillo, en jurisdicción municipal de Pacho, "las cuales representan parte de los derechos y acciones que la vendedora adquirió por muerte de su legítima hija la señorita Ana Josefa Angulo, quien a su vez adquirió los derechos y acciones por muerte de su padre el señor Pedro Sixto Angulo, legítimo esposo de la exponente; fanegadas que se medirán en la parte que más le convenga al comprador, una vez verificado el juicio de sucesión respectivo y hecha la división material del terreno"; y la segunda escritura que da cuenta del contrato por medio del cual Elisa Baños de Mahecha, viuda de Froilán Mahecha y adquirente como tal de las cuarenta fanegadas preindicadas, las vendió a Víctor Manuel Rubio, señalando los linderos generales del lote de La Esmeralda y advirtiendo que dentro de ellos está el lote de que su acusante tomó posesión y que ella ahora transfiere al demandado.

La diligencia de inspección ocular practicada durante el término probatorio del primer grado, el día 21 de septiembre de 1938, con intervención de peritos, a solicitud de ambas partes y destinada a demostrar la identidad del lote alinderado en la demanda con el poseído por el demandado a la vez que su comprensión dentro de las adjudicaciones hechas a la demandante en el divisorio de La Esmeralda, según la citada escritura N° 241 de 5 de mayo de 1928.

Del mérito de estos elementos probatorios dedujo el Tribunal las conclusiones que lo llevaron a revocar la sentencia del Juzgado y a decidir el pleito de acuerdo con las peticiones de la demanda, porque consideró que el terreno que se reivindica está comprendido dentro de un todo a que tiene mejor derecho la actora, porque los títulos que adujo la muestran como dueña de cuerpo cierto mientras que los presentados por el demandado se refieren apenas a derechos herenciales. "Está, pues, demostrado — dice la sentencia — que el lote cuya restitución se demanda, es parte del adjudicado a la señorita Angulo; que de dicho lote, es actual poseedor, con mayor extensión, el demandado Rubio, y que la demandante ha demostrado un mejor derecho de dominio que aquél, sobre el expresado inmueble. Se hallan por lo tanto satisfechas las condiciones indicadas por los artículos 946 y siguientes del C. C. para determinar la acción reivindicatoria, por lo cual la de que aquí se trata está destinada a prosperar".

Respecto de la excepción de prescripción alegada y propuesta por el demandado al contestar la demanda y que el Juzgado del Circuito declaró probada, la rechaza el Tribunal por considerar que lo que Víctor Manuel Rubio adquirió no fue un cuerpo cierto que pueda identificarse con el que es objeto de la demanda, sino derechos y acciones, en la extensión indicada, que pudieran caberle a la causante de su vendedora en la sucesión de uno de los herederos de Pedro Sixto Angulo,

“luego al entrar el señor Rubio — concluye el Tribunal, — lo mismo que su causante, en posesión del terreno a que se vinculaban los derechos vendidos, ellos no entraban a poseerlo a nombre propio sino a nombre de la comunidad herencial, que era a quien pertenecía el inmueble hasta tanto no se hiciera la partición, y por tanto serían los comuneros, no el señor Rubio, quienes podrían oponer para sí la prescripción.....”

El recurso

Contra la sentencia definitiva de segunda instancia, cuyos fundamentos acaban de expresarse compendiadamente, interpusieron ambas partes el recurso de casación que hoy se decide por estar legalmente preparado. La parte demandante, favorecida en el juicio, acusa la sentencia con fundamento en los dos primeros motivos del artículo 520 del C. J. y busca la agravación de la condena de su contraparte atacando la calificación de buena fe de su posesión y la salvedad que hizo el fallo sobre derechos del demandado en materia de mejoras sobre el lote reivindicado. El demandado a su turno acusa la sentencia por violación directa e indirecta de la ley sustantiva y formula cuatro cargos separadamente en su demanda de casación. De estos dos recursos la Sala considera en esta decisión solamente el de la parte demandada, de las acusaciones que ésta formula en su demanda solamente una, la contenida en el capítulo segundo, porque después de estudiar con detenida atención las dos demandas de casación y los cargos que en ellas se hacen contra el fallo del Tribunal, se ha encontrado que uno de los formulados por el recurrente-demandado es bastante para producir la infirmación del fallo acusado. En estas condiciones, la Corte puede legal y lógicamente dejar de mano para decidir el recurso la consideración de los restantes cargos del demandado y toda la demanda del actor que queda sin objeto con la invalidación de la sentencia. (538, C. J.)

El cargo consiste en que el Tribunal violó los artículos 946 y 952 del C. C., que definen la acción reivindicatoria como la que corresponde al dueño sin posesión de una cosa singular para obtener su restitución contra el actual poseedor, en que incurrió como consecuencia del error de hecho al apreciar los títulos escriturarios del dominio de la actora en relación con la diligencia de inspección ocular y el dictamen pericial verificados con el fin de establecer la identificación del lote que se alindera en la demanda con el poseído por el demandado Rubio y como comprendido también dentro de las adjudicaciones hechas a la demandante en el juicio divisorio de La Esmeralda, porque de estas pruebas resulta evidentemente que el terreno que se reivindica no se singularizó como del dominio de María Ignacia Angulo ni se identificó como poseído por Víctor Manuel Rubio.

La Corte considera:

Las pretensiones de dominio que se enfrentan en este pleito reivindicatorio proceden de la misma fuente o tienen su raíz en la propiedad que sobre el terreno de La Esmeralda tuvo Pedro Sixto Angulo. La actora María Ignacia Angulo reclama la restitución del lote que alindera en su demanda por haber llegado a su dominio particular como heredera del dueño y cesionaria de otros derechos herenciales, según la adjudicación que se le hizo en el juicio de división material que adelantó con los demás copropietarios sucesorales, y afirma que la posesión del demandado Rubio sobre el citado lote ha quedado sin ningún fundamento porque tal parcela no le fue adjudicada a su vendedor asignatario, sino a ella, de tal modo que en relación con él es procedente accionar como si se tratara de venta de cosa ajena. En demostración de este derecho alega y exhibe la actora, como ha quedado dicho, las adjudicaciones que se le hicieron en el terreno de La Esmeralda en el juicio divisorio protocolizado por medio de la escritura número 241, otorgada el 5 de mayo de 1928 en la Notaría del Circuito de Pacho.

Este es el único título con que pretende acreditar la demandante su calidad de dueña del inmueble que singulariza en su libelo; pero como los linderos de ninguno de los cuatro lotes que le fueron adjudicados en La Esmeralda sirven por sí solos para identificar alguno de ellos con el que se singulariza y deslinda en la demanda como poseído por Rubio, solicitó la demandante en el término probatorio del primer grado, para completar así su prueba de dominio, una inspección ocular con intervención de peritos "con el fin de que identifique la adjudicación que del terreno de La Esmeralda, que hace parte del conocido con el nombre de El Hatillo, de la comprensión de este municipio de Pacho se hizo a la peticionaria de acuerdo con la hijuela presentada y se determine si el terreno a que se refiere la demanda se halla dentro de dicha demarcación".

Este es el origen y objeto de la prueba en cuya apreciación se equivocó de hecho el Tribunal, según el cargo que se estudia. Y claro se ve, según la manera como se ha planteado el debate, que tal probanza es de esencial importancia, porque siendo la adjudicación en la partición material de la finca de La Esmeralda el título y medida del derecho de dominio de la actora, sólo lo comprendido dentro de los límites de su hijuela será de su pertenencia, como está dicho en el pedimento principal de la demanda.

El 21 de septiembre de 1938 llevó a cabo el Juzgado del Circuito de Pacho la inspección ocular decretada, con intervención de peritos, en auto del 18 de agosto anterior. En el acta correspondiente, visible al folio 27 del cuaderno número 2, se lee: "..... Acto seguido se leyeron los puntos sobre los cuales deben dictaminar los peritos y a que se contrae la diligencia, puntos que se determinan en los cuadernos de pruebas de ambas partes y procedió a identificar los lotes de terreno que le fueron adjudicados a la señorita María Ignacia Angulo, según los linderos deter-

5 de mayo de 1928, linderos que fueron identificados por el personal de la diligencia. Igualmente se constató que la mayor parte del terreno que posee el señor Víctor Manuel Rubio se encuentra comprendido dentro de la adjudicación que a la señorita Angulo se le hizo, según la escritura ya citada...."

Los peritos que intervinieron y asesoraron al Juez en la inspección, Luis Barragán y Abel Rey, rindieron su dictamen de común acuerdo, por escrito, dentro del término que al efecto les concedió el Juzgado. Con el objeto de dictaminar si el terreno a que se refiere la demanda, poseído por el demandado Rubio, se halla dentro de la demarcación de lo que según la hijuela correspondió a María Ignacia Angulo, como los peritos lo advierten, recorrieron personalmente el terreno, verificando los linderos de la hijuela, especialmente los del lote segundo de los adjudicados a la demandante, por tener más similitud de alinderación con el reivindicado, y dijeron: "Identificado el terreno anteriormente descrito, y por los conocimientos personales que adquirimos, de manera cierta dictaminamos que el terreno que reza en la demanda iniciada contra el señor Víctor Manuel Rubio, está incluido en dicha alinderación, parte de terreno que tiene en posesión el expresado señor Rubio".

El demandado coadyuvó la prueba de la inspección ocular con peritos con el mismo objeto que le dio el actor, y pidió, además, que los expertos dictaminaran si son unos mismos linderos los de su finca o lote con los que expresa la escritura número 120 de 6 de marzo de 1918, alegada por él como título de dominio, y a este respecto expusieron los peritos: "Con relación a lo solicitado en el cuaderno de pruebas del demandado señor Rubio, en su numeral 3, en nuestra condición de peritos conceptuamos que teniendo a la vista la escritura número 20 de 6 de marzo de 1918, en la que consta la venta que le hizo la señora Eloísa Baños de Mahecha con relación a la cabida de las cuarenta

minados por la escritura número 241 de fanegadas: los linderos expuestos en dicho título son distintos a los del lote que en la actualidad tiene el señor Rubio, porque éstos se extienden a todo el globo de tierra de La Esmeralda que hace parte del denominado El Hatillo de esta jurisdicción municipal, pero sí queda dentro de esos linderos el lote que actualmente ocupa el señor Rubio”.

A la luz de estas pruebas, — la de inspección ocular y la propiamente pericial que aparece corroborándola a pesar de la defectuosa redacción del dictamen, — se ve claramente, en relación con el punto para cuyo esclarecimiento se produjo, que el lote linderado en la demanda como objeto singular de la reivindicación y como poseído por el demandado, no está comprendido en su totalidad dentro de las adjudicaciones que del terreno de La Esmeralda se le hicieron a María Ignacia Angulo, según la hijuela aducida y alegada por ella como título de dominio, sino en su mayor parte, lo que vale decir que dentro de la alinderación con que se singulariza el inmueble reclamado hay una parte indeterminada que no corresponde a la propiedad de la actora dentro del alcance de las pruebas aducidas por ella. No se sabe a qué cuota o proporción corresponde a parte indeterminada que del lote que se reivindica está comprendida por las adjudicaciones de que se ha hablado, ni se puede determinar tampoco la extensión del resto del globo cuya restitución pide la demandante. Esta situación equivale, jurídicamente hablando, a no haber individualizado o singularizado el bien que se quiere reivindicar. Los títulos de María Ignacia Angulo no demuestran propiedad sobre todo el lote de La Esmeralda, dividido con los otros comuneros en el juicio divisorio que inició ella, sino solamente sobre los lotes especialmente alinderados en la correspondiente hijuela de adjudicación. Por esto se explica perfectamente que no coincidan totalmente los lotes de actora y demandado, a pesar de estar com-

prendidos dentro de la alinderación general.

Esta clara situación no pudo ser desconocida por el Tribunal sino a través de un evidente error de hecho que aparece de manifiesto en los autos a la simple consideración y lectura de las únicas pruebas que tuvo en cuenta para apoyar la siguiente conclusión que no se compagina con la realidad probatoria del proceso: “El lote poseído por Rubio, es verdad, no puede identificarse con el de la Angulo, porque nunca la parte ha podido serlo con el todo; pero desde qué parte se halla singularizada, cómo lo ha sido por sus linderos el lote materia de la reivindicación, y desde que esté comprendida dentro de un todo a que tiene mejor derecho el actor, como así lo dicen los peritos en el primer aparte transcrito de su concepto, nada se opone a que la restitución pueda prosperar”.

Las consideraciones que van expuestas sirven al doble objeto de fundar la infirmación del fallo acusado y la resolución que dicta en su reemplazo la Corte, absoluta del demandado por carecer la acción de dominio que se estudia de uno de los requisitos o condiciones esenciales para su prosperidad, cual es el de que se trate de una cosa singular, precisamente individualizada desde el doble punto de vista del dominio del demandante y la posesión del demandado. No habiendo, por lo visto, lugar a la procedencia de la acción, huelga el estudio de la prescripción alegada.

Por lo expuesto, La Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 13 de junio de 1940, y reformando la de primer grado dictada por el Juzgado del Circuito de Pacho, absuelve al demandado de los cargos de la demanda, por encontrar establecida la excepción de petición de un modo indebido.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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

Isaías Cepeda — José Miguel Arango—
Liborio Escallón — Fulgencio Lequerica
Vélez — Ricardo Hinestrosa Daza — Her-
nán Salamanca — Pedro León Rincón,
Srio. en ppad.

EXTENSION DE LA HIPOTECA — MEJORAS EN INMUEBLES HIPOTECADOS — MEJORAS NATURALES Y MEJORAS INDUSTRIALES

1. La disposición contenida en el inciso segundo del artículo 2445 del C. C. es generalísima; se aplica a todas las mejoras, de cualquier naturaleza que sean, ya se trate de naturales o industriales; la ley no distingue, y es tan clara y tan límpida la redacción de ese inciso, que no autoriza al juzgador para poner de lado su tenor literal, que ha de tenerse muy en cuenta, de acuerdo con el mandamiento del artículo 27 del C. C., ya que el inciso no contiene expresión oscura para que haya de recurrirse a la intención o espíritu para fijar su verdadero sentido. Sería en verdad inusitado que los aumentos o mejoras que reciba la cosa hipotecada se refieran únicamente a los muebles que por accesión a aquella se reputan inmuebles, y que las mejoras y aumentos que reciba el bien exclusivamente hipotecado esté fuera de la órbita de la garantía hipotecaria, pues no se ve razón para amparar la tesis consistente en que deben excluirse de la hipoteca las mejoras que reciba la cosa hipotecada en sí misma, e incluir en la garantía las mejoras que reciban los muebles que por accesión se reputan inmuebles. A dos casos distintos se refiere el artículo 2445 en sus incisos 1º y 2º: el primero, a los bienes muebles reputados inmuebles por el artículo 658, para estatuir que ellos están comprendidos en la hipoteca; el segundo, se refiere a los aumentos y mejoras de la cosa hipotecada sin hacer distinciones. Todas las decisiones de los Tribunales de los países que tienen una legislación semejante o similar a la nuestra en este punto han resuelto sin vacilación que la hipote-

ca comprende las mejoras que reciba la cosa hipotecada, ya sean naturales o industriales, y la Corte Suprema ha decidido, aplicando el artículo 2446, "que la hipoteca se extiende a la indemnización debida por los aseguradores de una edificación hipotecada destruída por el fuego, porque si el edificio sometido al gravamen hipotecario estaba bajo la posibilidad legal de ser vendido a pedimento del acreedor para el pago de su crédito, no se justificaría que la suma de dinero en que se convierte por la azarosa ocurrencia del siniestro se considerase como un bien común del deudor asegurado en beneficio de todos sus acreedores, precisamente cuando la situación del dueño del crédito hipotecario desmejora por la destrucción de la cosa que le servía de garantía". — 2. Se entienden por mejoras naturales las que se realizan sin el trabajo del hombre, como la extinción de las servidumbres que gravan el inmueble hipotecado, la terminación del usufructo que afecta el fundo hipotecado, los aumentos que reciba por vía de aluvión y aun de avulsión. Por mejoras industriales se entienden las verificadas por la mano del hombre, como las construcciones, las plantaciones, los trabajos de irrigación, drenajes, desecación de pantanos; la agregación de un piso a un edificio ya construído, y aun hasta las construcciones nuevas hechas por el propietario del fundo hipotecado, porque ellas se consideran incorporadas al suelo por efecto de la accesión. Se presume que el propietario del fundo hipotecado extiende los efectos de la hipoteca a las construcciones nuevas,

a menos que aparezca lo contrario en el acto originario constitutivo de la hipoteca. Si es de rigor que el acreedor hipotecario corra el albur de una disminución del valor del predio hipotecado, proveniente de una causa natural o económica, también es de justicia que aproveche de la *plus valía* del inmueble hipotecado a consecuencia de una evolución económica o de trabajos ejecutados en las vecindades del fundo, que lo hagan mejorar en todo sentido y aumenten su valor.

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

(Magistrado ponente: doctor José Miguel Arango).

Origen del litigio

En agosto de 1930, el señor Pablo Arzuza recibió en préstamo o mutuo del doctor Gustavo Rosanía, mil pesos oro colombiano que se obligó a restituir en la misma clase de moneda, seis meses después de celebrado el contrato. Arzuza para garantizar la obligación contraída con el doctor Rosanía, le hipotecó varias fincas, entre ellas una casa de madera y barro con techo de zinc, junto con el solar situado en la ciudad de Barranquilla, en la calle de Soledad, haciendo esquina con la banda sur de la carrera del Vesubio, solar que mide diez metros de frente por treinta de fondo, y alindado como consta en la escritura de hipoteca número 2258, de 21 de agosto de 1930. Esta casa y solar son los bienes a que se refiere el presente pleito.

Como el señor Arzuza no pudiese cumplir la obligación contraída para con Rosanía, éste intentó contra su deudor demanda ejecutiva, persiguiendo para el pago los bienes hipotecados, los cuales se embargaron, se depositaron y se remataron por cuenta del ejecutante, remate que se verificó en 29 de julio de 1936, diligen-

cia que fue aprobada en 24 de febrero de 1937.

Así las cosas, el señor Arzuza considerando que la cosa rematada no era la misma que le había hipotecado al doctor Rosanía, puesto que la había refaccionado, la dio en venta a José de los Santos de la Hoz, en 24 de agosto de 1937, después de aprobada la diligencia de remate, por medio de la escritura número 1115, pasada ante el Notario tercero del Circuito de Barranquilla.

Basado en estos antecedentes y exhibiendo como título de propiedad la escritura atrás citada, José de los Santos de la Hoz, por medio de apoderado, estableció ante el Juez Primero del Circuito de Barranquilla demanda contra el señor doctor Rosanía, para que por sentencia definitiva se hicieran estas declaraciones:

"1. Que es de propiedad de José de los Santos de la Hoz Jiménez y no del señor doctor Gustavo Rosanía, por haberlo adquirido del señor Pablo Arzuza, el inmueble que paso a describir:

"Una casa de ladrillo, con techo de tejas, situada en la acera occidental de la calle de Soledad, formando la esquina suroeste de la carrera Vesubio de esta ciudad, que mide el frente en la calle de Soledad, nueve metros con setenta y cinco centímetros, construida en un solar que tiene diez metros de frente y treinta de fondo, y colinda: Por el norte, carrera dicha en medio, con predio que fue de Telémaco Collante y es hoy de Carmela Nieto; por el sur, con predio que fue de Ursula Segura y es hoy de Olimpia Villate; por el este, calle dicha en medio, con predio que fue de Ricardo Arjona y es hoy de herederos de Antonio Vengoechea, y por el oeste, con predios que son o fueron de Victoriano Hernández y Luis Páez y son hoy del doctor Rosanía o de Alejandro Salazar.

"2. Que el señor doctor Rosanía, quien está en posesión de la construcción anteriormente descrita, debe restituírle a mi mandante ese bien tres días después de ejecutoriada esa sentencia y pagarle el

valor de los frutos civiles que la construcción ha producido de la fecha en que está en posesión de ella. En el caso remoto e increíble de que se considere infundada la acción reivindicatoria que anteriormente propongo, pido, en subsidio, que se condene al doctor Gustavo Rosanía a pagar a mi mandante el valor de la construcción en referencia al justo precio que le den peritos nombrados en legal forma.

“3. El demandado debe pagarme todas las costas de este juicio”.

Las disposiciones legales en que se apoya la demanda son los artículos 946, 947, 950, 952 y 964 del Código Civil y en que nadie puede enriquecerse a costa ajena.

Sentencias

Surtido el trámite de rigor, el Juez de la instancia negó las declaraciones pedidas por José de los Santos de la Hoz contra Gustavo Rosanía, y condenó en costas al demandante.

El Tribunal Superior de Barranquilla, que conoció del asunto en grado de apelación interpuesta por el señor Santos de la Hoz, confirmó en todas sus partes la sentencia del Juez y condenó en las costas de la instancia al apelante.

Contra el fallo del Tribunal interpuso casación el apoderado del demandante, recurso que se le concedió y se admitió, y como está agotada la tramitación, se procede a decidirlo.

Como hechos fundamentales en el proceso, están comprobados los siguientes:

1. Que lo hipotecado fue la casa de madera y barro con techo de zinc junto con el solar correspondiente.

2. Que en la diligencia de avalúo y depósito de los bienes hipotecados para la seguridad del crédito se hizo constar expresamente “que en el solar descrito no se encuentra la casa de madera y barro de que se ha hablado, sino una casa de mampostería con techo de teja, pisos de cemento, circuida de paredes también de mampostería y con un buen servicio sanitario.

3. La casa, como el solar, fueron avaluados separadamente.

4. El demandante cuando se depositó la casa que se encontró en el solar hipotecado, consintió en él y no hizo nada para excluir ese bien de la traba ejecutiva, si consideraba que la casa depositada no era la misma que le había hipotecado al doctor Rosanía.

5. La venta que Arzuza le hizo el señor de la Hoz, se efectuó después del registro de la diligencia de remate, que acaeció el 10 de abril de 1937. La venta se hizo en 24 de agosto del citado año.

6. El deudor antes de vencerse el plazo y antes de establecerse la acción hipotecaria, refaccionó la casa que primitivamente había hipotecado.

Motivos de casación

La causal que alega el recurrente es la primera de las señaladas en el artículo 520 del Código Judicial, por violación de ley sustantiva y por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, en el orden siguiente:

Primer motivo. Violación del artículo 2445 del Código Civil, por indebida aplicación al caso del pleito e interpretación errónea.

Basa el recurrente este motivo en las siguientes razones:

“La hipoteca constituida sobre bienes raíces afecta los muebles que por accesión a ellos se reputan inmuebles, según el artículo 656. La hipoteca se extiende a todos los aumentos que reciba la cosa hipotecada.

“El artículo 658 a que se refiere la disposición transcrita, enumera los bienes muebles que se reputan inmuebles aunque por su naturaleza no lo sean; el artículo siguiente habla de los productos de los inmuebles y de las cosas accesorias a ellos; el artículo 656 de la misma obra, define los inmuebles así: “Inmuebles o fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro, como las tierras y las minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles. Las casas y heredades se llaman predios o fundos”.

“Al decir la disposición distinguida con

el número 2445 de nuestra ley sustantiva, que la hipoteca se extiende a los aumentos y mejoras que reciba la cosa hipotecada, tuvo que referirse a todos aquellos elementos accesorios o muebles, que siendo de un valor inferior a la cosa hipotecada, aumenta sin embargo el valor de ésta, pero no puede sostenerse que los edificios levantados sobre un lote de terreno sea un aumento o mejora del lote mismo. En el caso que nos ocupa se trata de un lote de terreno urbano, sobre el cual se levantó una construcción moderna de un valor tres o cuatro veces mayor al del lote; la mejora o aumento supone la existencia de la cosa, es accesorio de ella; pero no puede reputarse como accesorio del suelo un edificio que en sí mismo es un bien inmueble aun cuando por incorporación está ligado al lote de terreno que lo sustenta”.

Estos razonamientos del recurrente se dirigen a combatir el fundamento principal y único, en derecho, en que se basó el Tribunal para decidir la litis a favor del doctor Rosanía, cual es que “la disposición contenida en el artículo 2445 del Código Civil responde a la necesidad de garantizar los derechos del acreedor hipotecario, ya que de otro modo el proceso de las mejoras de la casa hipotecada daría siempre lugar a que se suscitaran pleitos como el presente. Tan sabia es esa disposición del legislador colombiano que casi con los mismos términos la trae el Código Civil de Chile en su artículo 2421, el cual establece que: “La hipoteca se extiende a todos los aumentos y mejoras que reciba la cosa hipotecada”. También es preciso el Código Civil cuando dispone que la hipoteca se extiende a todas las mejoras sobrevenidas al inmueble hipotecado”.

“Lo que está diciendo muy claramente la improcedencia de la petición consignada en la demanda de que se condene al doctor Gustavo Rosanía a pagar al demandante el valor de la construcción en referencia, al justo precio que den peritos nombrados en legal forma, ya que la dis-

posición del artículo 2445 de nuestro Código Civil que se acaba de citar no puede ser más categórica”.

La Corte observa:

La disposición contenida en el inciso segundo del artículo 2445 es generalísima; se aplica a todas las mejoras, de cualquier naturaleza que sean, ya se traten de naturales o industriales; la ley no distingue, y es tan clara y tan límpida la redacción de ese inciso, que no autoriza al juzgador para poner de lado su tenor literal, que ha de tenerse muy en cuenta, de acuerdo con el mandamiento del artículo 27 del Código Civil, ya que el inciso no contiene expresión oscura, para que haya que recurrirse a la intención o espíritu para fijar su verdadero sentido.

Sería en verdad inusitado, como lo pretende el recurrente, que los aumentos y mejoras que reciba la cosa hipotecada se refieran únicamente a los muebles que por accesión a aquella se reputan inmuebles, y que las mejoras y aumentos que reciba el bien exclusivamente hipotecado, estén fuera de la órbita de la garantía hipotecaria, pues no se ve la razón que pudiera amparar la tesis del recurrente, para excluir de la hipoteca las mejoras que reciba la cosa hipotecada en sí misma, e incluir en la garantía las mejoras que reciban los bienes muebles que por accesión se reputan inmuebles.

A dos casos distintos se refiere el artículo 2445 en sus incisos 1º y 2º: El primero a los bienes muebles reputados inmuebles por el artículo 658, para estatuir que ellos están comprendidos en la hipoteca; el segundo, se refiere a los aumentos y mejoras de la cosa hipotecada sin hacer distinciones.

El Código Civil de Chile consagra estos mandamientos en dos artículos distintos: Uno, que se refiere a los bienes muebles y otro a los aumentos y mejoras de la cosa hipotecada. Ahora, si se remonta la tradición judicial, se encontrará que todas las decisiones de los tribunales de los países que tienen una legislación semejante o similar a la nuestra, en el punto

que se estudia, han resuelto sin vacilación, que la hipoteca comprende las mejoras que reciba la cosa hipotecada, ya sean naturales o industriales, y la Corte Suprema ha decidido, con aplicación del artículo 2446, "que la hipoteca se extiende a la indemnización debida por los aseguradores de una edificación hipotecada destruída por el fuego, porque si el edificio sometido al gravamen hipotecario estaba bajo la posibilidad legal de ser vendido a pedimento del acreedor para el pago de su crédito, no se justificaría que la suma de dinero en que se convierte por la azarosa ocurrencia del siniestro se considerase como un bien común del deudor asegurado en beneficio de todos sus acreedores, precisamente cuando la situación del dueño del crédito hipotecario desmejora por la destrucción de la cosa que le servía de garantía". (Sentencia de la Sala de Casación de 4 de abril de 1940. Tomo XLIX, pág. 477).

Entienden por mejoras naturales las que se realizan sin el trabajo del hombre, como la extinción de las servidumbres que gravan el inmueble hipotecado; la terminación del usufructo que afecta el fundo hipotecado; los aumentos que reciba por vía de aluvión, y aun de avulsión.

Por mejoras industriales se entienden las verificadas por la mano del hombre, como las construcciones, las plantaciones, los trabajos de irrigación, drenaje, desecación de pantanos; la agregación de un piso a un edificio ya construído, y aun hasta las construcciones nuevas hechas por el propietario del fundo hipotecado, porque ellas se consideran incorporadas al suelo por efecto de la accesión. Se presume que el propietario del fundo hipotecado extiende los efectos de la hipoteca a las construcciones nuevas, a menos que aparezca lo contrario en el acto originario constitutivo de la hipoteca.

Estas decisiones de los tribunales están respaldadas por la autoridad de notados comentaristas (Josserand, Planiol y Ripert, etc.) al estudiar los artículos del

código francés iguales en sustancia y en redacción a nuestro artículo 2445.

Si es de rigor que el acreedor hipotecario corra el albur de una disminución del valor del predio hipotecado, proveniente de una causa natural o económica, también es de justicia que aproveche de la plus valía del inmueble hipotecado a consecuencia de una evolución económica o de trabajos ejecutados en las vecindades del fundo, que lo hagan mejorar en todo sentido y aumeten su valor.

Entendida la disposición del inciso segundo del artículo 2445 en el sentido indicado en la disposición anterior, forzoso será rechazar el cargo formulado por el recurrente al fallo del Tribunal de Barranquilla.

Aquí podría terminar el presente estudio sin entrar a contestar las acusaciones hechas por el recurrente a la sentencia en mención, sobre los errores de hecho y de derecho en que incurrió el sentenciador al apreciar las pruebas puntualizadas en alegato de casación, porque el fallador desató la litis colocándose en un punto de puro derecho, que no tiene que ver nada con las pruebas traídas al proceso, cual es el que la hipoteca abarca las mejoras que reciba la cosa hipotecada, pero para mayor abundamiento se estudiarán someramente esos reparos.

Considérase que el Tribunal incidió en error de hecho al no considerar las pruebas consistentes: a) En copia de la demanda ejecutiva; b) Copia del auto de embargo; c) Copia de la diligencia de depósito y avalúo; d) Copia de la sentencia de remate; e) Copia del aviso de remate; f) Copia de la diligencia de remate; g) Copia del auto aprobatorio del remate, piezas todas éstas que se refieren a la casa de madera y barro con techo de zinc descrita en la escritura de hipoteca y no a la casa de mampostería y teja de barro que encontraron en el lote hipotecado en el momento de hacerse el depósito de avalúo y que fue la rematada por el doctor Rosanía violando con tal proceder los artículos 1849, 1867, inciso 2º, 1870 y 1884

del Código Civil, los cuales preceptúan que en el contrato de venta sólo se entiende vendido lo que reza el contrato; que la obligación del vendedor es la entrega de lo vendido; que las cosas que no se especifican en el contrato no entran en él y que la venta de cosa que no existe no produce efecto alguno.

Para rechazar este cargo basta recordar que el Tribunal resolvió la litis desde un punto de vista de puro derecho, cual era saber si las mejoras hechas en la cosa hipotecada quedaban gravadas por la misma hipoteca, y para esta decisión no tenía por qué apreciar las pruebas que indica el recurrente.

El error lo hace consistir el recurrente en que el Tribunal no vio en esas piezas que lo rematado y adjudicado fue la nueva construcción y no la casa de madera, barro y zinc, primitivamente hipotecada.

Se repite que el sentenciador no tenía que apreciar las pruebas del proceso, porque falló el litigio desde un punto de vista de puro derecho, cual fue, que las mejoras, toda clase de mejoras, que recibiera el inmueble hipotecado, se entendían afectas a la garantía hipotecaria, es decir que la hipoteca las abarcaba todas, y atrás se ha demostrado que en esta interpretación del artículo 2445, inciso 2º del Código Civil, se ajustó el sentenciador a su sentido literal, que es muy claro, y a las decisiones que sobre el particular han dictado jueces y tribunales.

Dedúcese de lo dicho que el señor Arzuza vendió al señor de la Hoz una cosa que ya no estaba en su patrimonio, a virtud del remate judicial y del registro de la diligencia de ese remate, y en tales circunstancias es impropio la acusación por violación de los artículos 1849, 1867, 1870 y 1884 a consecuencia de errores de hecho en la apreciación de pruebas, que no apreció y que no tenía por qué apreciar, según lo demostrado anteriormente.

Se tacha igualmente el fallo por error de derecho por no haber dado a las pruebas ya mencionadas el valor que ellas tienen, violando con ello las disposiciones de

los artículos 999, 1037, 1038, 1041 y 1050 del Código Judicial, las cuales se refieren, la primera a las notificaciones y a su manera de hacerse y las demás relativas al embargo y demás diligencias para el depósito, avalúo y remate de los bienes perseguidos en juicio ejecutivo, disposiciones perfectamente exóticas al presente recurso de casación, en el cual no se discuten ni podían discutirse si en el juicio ejecutivo seguido por Rosanía contra Arzuza, se habían llenado o no, todas las formalidades que prescribe el Código Judicial para el embargo, avalúo, depósito y remate de los bienes perseguidos ejecutivamente.

El cargo consistente en la violación de los artículos 946, 947, 948, 950, 952 y 964 del Código Civil relativos todos a la acción reivindicatoria, con excepción del 964 que trata sobre restitución de frutos, es totalmente impropio, porque ya se ha demostrado, hasta la saciedad, que la casa que el señor Arzuza le vendió a Santos de la Hoz era una mejora que había acrecentado el bien hipotecado y que cuando esa casa se enajenó había salido del patrimonio del vendedor en virtud del remate hecho por el doctor Rosanía, y en este evento de la Hoz no podía reivindicar una cosa, que por venta anterior, pertenecía al ejecutante Rosanía. En esta coyuntura, la Corte deja a salvo el derecho personal que tenga de la Hoz para recabar el precio de venta que hubiere dado por la casa en mención y para hacer efectivos los perjuicios que con la venta de una cosa ajena le hubiere causado el vendedor Arzuza.

No sobra advertir que el doctor Rosanía estableció conjuntamente la acción real hipotecaria y la acción personal, lo que quiere decir, jurídicamente hablando que el acreedor tiene derecho de perseguir todos los bienes del deudor, raíces o muebles, presentes y futuros, de acuerdo con el artículo 2488 del Código Civil, de suerte que si la casa hipotecada escapara

de la traba ejecutiva por la acción real, quedaría sujeta a ella por el ejercicio de la acción personal.

Las restantes objeciones que el recurrente le hace a la sentencia, tales como que el Juez es el representante legal en las ventas hechas por mediación de la justicia, concepto emitido por el fallador, y otros similares, son cuestiones accidentales en el proceso, que no comportan casación, porque el fundamento del fallo, como se ha visto, ha sido la interpretación del inciso 2º del artículo 2445 del Código Civil.

Por las consideraciones expuestas la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de

la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA:

1. No se infirma el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, de fecha doce de agosto de mil novecientos cuarenta.

2. Condénase en las costas del recurso al recurrente.

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

Isaías Cepeda — José Miguel Arango.
Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en ppad.

ACCION DE NULIDAD DE UN PAGO

No es admisible conceptuar que carece de causa el pago hecho por un deudor que formula su demanda sin discutir en manera alguna que en realidad debía y que reclama tan sólo porque lo hizo a quien no era el verdadero acreedor. (Art. 1634, C. C.)

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

(Magistrado ponente: Dr. Isaías Cepeda)

Son antecedentes de este negocio:

El 25 de septiembre de 1931 Ambrosio Rodríguez, José Vicente Rodríguez, Jorge A. Gutiérrez y Vidal Melo Ch. se constituyeron deudores solidarios del Banco de Bogotá por la cantidad de \$ 9.000. Algún tiempo después Ambrosio Rodríguez hizo un abono al Banco de \$ 1.000, y luego falleció el 2 de febrero de 1932.

Muerto Rodríguez, su viuda, María Orozco de Rodríguez, pagó al Banco los \$ 8.000 saldo de la deuda y el Banco le endosó el pagaré por valor recibido, el 28 de septiembre de 1932.

En la partición de los bienes de dicha sucesión se le adjudicó a la nombrada señora, en su calidad de endosataria del Banco, para reembolsarle íntegramente el pago referido y otros gastos, por acuerdo unánime de los interesados, la cantidad de \$ 9.000 en dinero efectivo.

El 20 de marzo de 1934 la señora María Orozco v. de Rodríguez endosó el citado pagaré a su hijo Antonio María Rodríguez, y éste demandó a Vidal Melo Ch. por la cantidad de \$ 2.225 (sic) que le correspondían en la deuda.

Melo Ch. propuso algunas excepciones que no le prosperaron y celebró luego

una transacción con Rodríguez, el 11 de mayo de 1935, en virtud de la cual le pagó a éste los \$ 2.225 de que se ha hablado.

Más tarde, el 17 de julio de 1936, Melo Ch. promovió demanda ordinaria contra Rodríguez ante el Juzgado 1º de este Circuito, en la cual pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

“A) Que es nulo y en subsidio que queda rescindido el convenio celebrado entre el apoderado de Antonio María Rodríguez y Vidal Melo Ch. y que hicieron constar en el memorial que presentaron personalmente en el Juzgado 4º Civil de este Circuito el 11 de mayo de 1935, en la tercería coadyuvante introducida por el primero de los nombrados en el ejecutivo seguido contra el segundo por María O. v. de Rodríguez y Elías Rodríguez O., y que se había convertido en ejecución.

“B) Que es nulo absolutamente el pago que consta en ese memorial, hecho el mismo día por Vidal Melo Ch. al apoderado de Antonio María Rodríguez, de la cantidad de dos mil doscientos veinticinco pesos moneda legal, como valor del capital cobrado en dicha tercería y como parte del pagaré otorgado el 25 de septiembre de 1931 por Melo Ch. y otros a favor del Banco de Bogotá, por nueve mil pesos.

“C) Que Antonio María Rodríguez está obligado a pagar a Vidal Melo Ch., a la ejecutoria del fallo, dos mil doscientos veinticinco pesos moneda legal y los intereses de esa cantidad a la tasa corriente en esta plaza el 11 de mayo de 1935, desde la fecha mencionada hasta el pago total.

“D) Que Antonio María Rodríguez está obligado a pagar a Vidal Melo Ch. una indemnización por los daños y perjuicios

que le ha ocasionado con el cobro que le hizo, como endosatario, de parte del valor del pagaré mencionado, especificado en el hecho primero, mediante la tercería de que habla la petición A), convertida en ejecución, indemnización que se fijará en la sentencia, según lo probado, o al ejecutarse el fallo, previo el artículo correspondiente.

“E) Que Antonio María Rodríguez queda obligado a pagar a Vidal Melo Ch. las costas de este juicio”.

El demandado contestó oponiéndose a la acción intentada y propuso las excepciones perentorias de cosa juzgada y transacción.

Agotada la tramitación de primer grado, vino la sentencia de fecha veintitrés de noviembre de mil novecientos treinta y siete, por medio de la cual el Juez negó las peticiones de la demanda, absolvió al demandado de todos los cargos que se le habían formulado, declaró que no era el caso de estudiar las excepciones propuestas por no aparecer probada la acción y no hizo condenación en costas.

Los fundamentos principales de esta sentencia son los siguientes:

“Habiéndose obligado Vidal Melo Ch. en forma solidaria en el pagaré mencionado, respecto de sus codeudores era responsable del valor de la cuarta parte de dicha obligación y no podía quedar liberado de ella sino en virtud de la realización de alguno de los medios que establece la ley civil para la extinción de las obligaciones; pero hasta el presente ninguno de esos medios ha invoado el autor, pues no alega siquiera que haya cumplido la prestación debida, que es el modo natural y obvio de extinguir las obligaciones. Toda su defensa se apoya en el hecho de que fue pagada la obligación por otro codeudor, como si no existiera la subrogación y el derecho de reembolso, y como si la ley consagrara ese nuevo medio de extinción de las obligaciones solidarias.

“El pago que hizo Vidal Melo Ch. al cesionario Rodríguez en la ejecución anotada no puede dar lugar a un enriqueci-

miento sin causa, porque ya se ha establecido que Melo Ch. sí era deudor de la cuarta parte de la obligación contenida en el pagaré precitado, y porque estando dicho cesionario en posesión del título respectivo, el pago que se le hizo es válido, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1634 del Código Civil, y por consiguiente Melo Ch., a cambio del pago, obtuvo la extinción de la obligación que pesaba a su cargo.

“En las condiciones anotadas, o sea que Melo Ch. era deudor de la cuarta parte de la obligación contraída, el pago que hizo en dicha ejecución sí tuvo causa, porque originó la extinción de la obligación y por lo mismo fue completamente válido, y por este motivo no son de aplicación en este juicio los artículos 1502, 1524, 1740 y demás concordantes invocados en el alegato presentado en este juicio”.

De este fallo apeló el demandante y subido el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y agotada la tramitación correspondiente, se dictó el de fecha veintinueve de septiembre de mil novecientos treinta y nueve, por el cual se confirmó en todas sus partes la sentencia de primera instancia, sin condenar en costas.

Sostiene el Tribunal que la controversia no pretende que la deuda consignada en el pagaré suscrito a favor del Banco de Bogotá fuera ajena, en todo o en parte, a los intereses de Melo Ch., sino que, por el contrario, el debate se ha planteado en el supuesto riguroso de que Melo sí estaba obligado a cancelar aquella obligación, porque el préstamo también le aprovechó, pero que se arguye que como esa obligación había sido satisfecha ya por un tercero, el acreedor a quien dicho pago se hizo carecía de derecho para volver a cobrarla él mismo, o para endosarla de donde, según la demanda, al hacerse efectivo ese nuevo cobro, como sucedió con Melo Ch., sobrevino un enriquecimiento sin causa que da derecho para repetir lo pagado.

El Tribunal estudia luego “la acción

de repetición por enriquecimiento injusto, conocida dentro de la doctrina con el nombre de *actio de in rem verso*", y dice que tal acción no tiene cabida en el presente caso, porque no hubo empobrecimiento del actor; que lo que sucedió fue que Melo Ch. pagó de buena fe lo que debía, a persona distinta pero que aparentemente tenía la calidad de verdadera acreedora, con lo cual solucionó su deuda e hizo improcedente la repetición, en los términos del artículo 1634 del C. C.

Agrega el Tribunal que Melo Ch. no sostuvo en la demanda que no debiera la suma que pagó a Antonio María Rodríguez, o que la deuda solidaria a favor del Banco fuera extraña a su propio y personal beneficio; que tal vez demostró ese hecho en el curso del debate, pero que como sobre él no se trabó la litis, no puede tenerse en cuenta al fallar porque según la jurisprudencia de la Corte "los hechos expuestos en la demanda y en la contestación, y al proponer las excepciones perentorias, es lo que fija el campo del litigio y lo que determina, en consecuencia, los puntos materia de la decisión del Juez".

Por último, dice el Tribunal:

"El señor Melo debía, tenía la obligación de cancelar la parte o cuota de la deuda a que solidariamente se había comprometido mediante el pagaré; no supo que el acreedor real fuera la sociedad Rodríguez-Orozco, pues ignoró el pago que ésta le había hecho a la titular del crédito y la consiguiente subrogación legal; y porque ignoró ese hecho pagó a quien aparentemente y por razón del endoso figuraba en el cuerpo del pagaré como acreedor; es decir, que de buena fe pagó por error a un acreedor putativo, al que—ante los ojos de terceros—pasaba como dueño de la acreencia, y porque pagó en estas condiciones solucionó válidamente la deuda que, en el supuesto planteado, tenía a su cargo. Hubo, pues, un enriquecimiento injusto para Antonio María Rodríguez, pero no el correlativo empobrecimiento injusto para Melo; luego si hay derecho a repetir no es ciertamente éste

quien puede ejercitarlo, sino la sociedad conyugal que se había subrogado en la acreencia, porque —vuelve a repetirse— dentro de los extremos planteados en la demanda, Melo pagó lo que debía y lo pagó válidamente, por lo cual carece de todo interés jurídico para justificar el reintegro".

El recurso.

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el señor apoderado del actor, quien le formula tres cargos, a saber:

I. "Violación de ley sustantiva por interpretación errónea de la demanda".

Dice el recurrente que cuando María Orozco de Rodríguez endosó el crédito a Antonio María Rodríguez ya no era acreedora de Melo Ch., porque ella ya había sido íntegramente pagada, que el crédito se había extinguido y que nadie puede transmitir lo que no tiene; que, por lo mismo, al cobrar ejecutivamente el endosatario Rodríguez esa deuda a Melo Ch., le cobró lo que no tenía derecho a cobrar y lo obligó a hacerle un pago sin causa. Que el Tribunal acepta esto pero estimó que la acción planteada en la demanda es la propia del enriquecimiento torticero o injusto, llamada de *in rem verso*, en lo cual existe un error del Tribunal, porque la acción intentada es la de nulidad del pago que Melo Ch. hizo a Rodríguez, por falta de causa, y que "los resultados son los propios de toda nulidad de un acto jurídico expresados en los artículos 1746 y 1748 del C. C., que resultan violados, junto con el 1524, por no haber sido aplicados, debiendo serlo, en virtud de esta errónea interpretación de la demanda".

Agrega el recurrente que no es de aplicación el artículo 1634 del C. C. porque Rodríguez no pudo adquirir la calidad de acreedor, toda vez que la endosante María O. de Rodríguez no tenía esa calidad en el momento de efectuar el endoso, por lo cual el pago no se hizo a ninguna de las personas a quienes debía haber sido hecho para que fuera válido, y que por ello

es nulo y las cosas deben retrotraerse al estado que tenían antes del acto nulo, o sea que Rodríguez debe devolver a Melo Ch. lo que recibió sin ser acreedor suyo.

El recurrente insiste reiteradamente en que la acción intentada no es la llamada de *in rem verso*, sino la de nulidad del pago por falta de causa; hace una explicación de los fundamentos de aquella acción y acerca de los casos en que puede ejercitarse, y luégo dice:

“Esto demuestra, sin lugar a duda, que la sentencia es violatoria de ley sustantiva por apreciación errónea que hizo el Tribunal de la demanda. El Tribunal se equivocó al creer que la acción ejercida era la de *in rem verso* por enriquecimiento sin causa, cuando en la demanda se ha pedido la declaración de la nulidad de un pago, y la repetición proviene de que las cosas deben retrotraerse al estado que tenían antes del pago nulo. Resultaron violados, por no haber sido aplicados debiendo haberlo sido, los artículos 1634 y 1746, y por cuanto la nulidad debe ser declarada cuando se prueba y se pide por parte legítima, se violaron también, por no haber sido aplicados debiendo serlo, los artículos 1524, 1740 y 1741 del Código Civil”.

II. “Violación de la ley sustantiva por aplicación indebida al caso del pleito de disposiciones inaplicables e inaplicación de las pertinentes”.

Alega el recurrente que no es aplicable el inciso segundo del artículo 1634 del C. C., porque Rodríguez no sólo no era poseedor sino que no era dueño del crédito cuando Melo Ch. le pagó, porque aquél sabía que la endosante no era acreedora cuando le endosó el pagaré, pues ya se le había cubierto totalmente la deuda en la partición en que Rodríguez fue también participe; pero que, aun suponiendo que sí fuera poseedor del crédito, esa circunstancia tampoco excluiría el derecho a repetir a Melo Ch., “porque el inciso 2º del artículo 1634 consagra la validez del pago hecho al poseedor del crédito como un derecho del deudor, el cual, en virtud de su pago verificado a persona que no

era el acreedor verdadero, queda liberado; pero esto no quiere decir que el deudor mismo no pueda renunciar al derecho o beneficio de considerarse liberado, y repita el pago, con el objeto de pagarlo al verdadero acreedor”.

Dice que la sentencia no tuvo en cuenta ese aspecto y que como considera que el pago hecho a Rodríguez no genera acción de repetición para Melo Ch. viola la ley por interpretación errónea, por lo cual resultan violados los artículos 1634, 2313 y 2318 del C. C., el primero por interpretación errónea de su inciso segundo, y los dos últimos por no haberlos aplicado al caso del pleito.

III. “Violación de ley sustantiva por no aplicarse disposiciones atinentes al caso del pleito como resultado de interpretación errónea de la demanda”.

Este cargo lo expone el recurrente así:

“Al ejecutar Rodríguez O. a Melo Ch. sin ser acreedor de éste, y obligarlo a pagar sin causa los \$ 2.225.00, cometió contra éste un ilícito civil. Es evidente que Rodríguez O. sabía que carecía de acción para reclamar el pago y de derecho para recibirlo, por cuanto sabía que su cedente no era acreedora cuando le hizo la cesión. El dolo o mala fe de Rodríguez brilla en el expediente, y aun en el supuesto de que no hubiera obrado de mala fe, cosa inadmisibles ante las pruebas, su hecho siempre sería constitutivo de un ilícito, no ya delictual sino culposo: de un cuasidelito. En uno y otro caso procede la acción de perjuicios ejercida en la demanda, la cual determina en qué consistieron. Y la base de esta acción es lo que se dispone en los artículos 2341, 2343 y 2356 del Código Civil. El Tribunal ninguna cosa dijo sobre esta acción y su silencio es imputable a que entendió equivocadamente que la acción ejercida era la acción de *in rem verso*, y que no se cumplían las condiciones para que esta acción prosperara sólo porque el actor no alegó en la demanda el hecho probado durante el juicio de que la deuda no le concernía. Si lo hubiera alegado, según el Tribunal, habría ganado el pleito. En esto el Tri-

bunal interpretó erróneamente el libelo, pues la acción ejercida es la de nulidad de un pago por no haber sido al verdadero acreedor, y si así hubiera entendido la demanda hubiera tenido que fallar sobre la acción de perjuicios ejercida, condenando al demandado. También el Tribunal se equivocó cuando estimó que el pago hecho por Melo Ch. a Rodríguez O. había sido a un poseedor del crédito, y se equivocó cuando, aun en este supuesto, creyó que no había acción de repetición. Aquí el error del Tribunal fue de interpretación errónea de la ley. Este también es el motivo por el cual el Tribunal no consideró la acción de perjuicios, y por no haberla considerado, dejó de aplicar al caso del pleito, siendo aplicables, los artículos 2341, 2343 y 2356 del Código Civil, por cuya causal también acusó la sentencia”.

Estudio de los cargos.

Ha sido punto de partida del litigio que el demandante sí era deudor cuando procedió al pago de que se trata; de suerte que éste no se ataca como pago de lo no debido, sino porque quien lo obtuvo carecía de la calidad de acreedor, pues aparecía como tal por el endoso que le había hecho la señora Orozco v. de Rodríguez, y si ella, al pagar al Banco, obtuvo el traspaso del crédito, en rigor de verdad habiéndole reembolsado la sociedad conyugal o la sucesión de Ambrosio Rodríguez lo que la señora pagó, no era ella sino la sociedad o la sucesión el subrogado en los derechos del acreedor primitivo y quien, por tanto, podía recibir legítimamente.

El pago controvertido en este juicio tuvo completa validez, de acuerdo con el art. 1634 del C. C., tanto porque quien lo hizo era efectivamente deudor, cuanto porque a quien se hizo le asistía, para ante aquél, la calidad de dueño del crédito; y si es verdad que favorece al deudor, no puede desconocerse que produce otros resultados y se encamina a otros fines además de ese, de los cuales el deudor no es

dueño de prescindir. Así, pues, si en lo atinente a ese favor del deudor podría éste entenderse respaldado por el artículo 15 del C. C. para renunciarlo, no acontece lo mismo desde los restantes puntos de vista aludidos, máxime si se tiene en cuenta que se trata de un hecho consumado, que produjo todos los efectos que la ley antigua le asigna.

Entre ellos, en el presente caso, se anotan desde luego los derechos con sus obligaciones concomitantes nacidos de haber recibido ese pago el demandado actual, en vez de la sociedad conyugal o sucesión prenombrada, puesto que, dentro del concepto del recurrente, éstas o una de ellas, pero en ningún caso el demandado, eran los capacitados para recibir, en fuerza de lo antedicho, o sea de que reembolsada la señora, el verdadero acreedor vino a ser el reembolsante.

Claro es que nada puede decidirse ni siquiera adelantarse a esos respectos en el fallo de una controversia que persigue fin distinto y que no se sigue entre las personas a que aquello correspondería; pero sí cabe formular la observación precedente en orden a hacer ver cómo el actual demandante no puede prescindir, a pretexto del citado artículo 15, de la validez que a su pago da el citado artículo 1634. Las acciones nacidas de que no lo hizo a quien correspondía, esto es, lo atañerero a la responsabilidad que al actual demandado incumba en razón de haber recibido, no son del actual demandante, quien para ellas carecería de interés jurídico.

Por otra parte, la nulidad del pago pedida en el libelo arranca de falta de causa, y no es admisible conceptuar que carece de causa el pago hecho por un deudor que formula su demanda sin discutir en manera alguna que en realidad debía y que reclama tan sólo, como se ha dicho y repetido, porque lo hizo a quien no era el verdadero acreedor.

El era uno de varios deudores solidarios de una obligación divisible: devolver al Banco mutuamente los \$ 9.000 que de éste habían recibido. Si fue cubierta la

totalidad de la deuda por uno de los deudores, éste quedó en el puesto del Banco e investido por ende de las acciones, no ya con el vínculo de solidaridad con que se ataron inicialmente, pero sí contra cada cual de los restantes deudores por su cuota, al tenor del artículo 1579 del C. C., además del cual podría citarse el 1668 *ibídem*, en su numeral 3º; y si aparecía la señora Orozco de Rodríguez cubriendo personalmente la totalidad del crédito al Banco acreedor y obteniendo de éste el consiguiente endoso del pagaré por ella cubierto, no se estaría en el caso de subrogación por ministerio de la ley contemplado en las disposiciones que acaban de citarse, pero tampoco podría reputársela desprovista de los derechos que un endoso convencional confiere al endosatario. Presentándose ella como tal, traspasó el crédito, a su turno, al actual demandado y éste, como se ha visto, provisto de ese título y de la consiguiente calidad, demandó a Melo Ch. por su cuota respectiva, y a través de actuación judicial y de un convenio amigable y directo entre éstos dos, se hizo por el deudor el pago de esa cuota en la deuda, a quien en las circunstancias anotadas era ante él dueño del crédito.

Lo dicho hasta aquí hace ver lo inadmisibles de la acción de nulidad incoada en este juicio, aun seguido el razonamiento, como exige el recurrente, esto es, con entera prescindencia de lo que corresponde cuando el análisis se sitúa en el supuesto de que la acción de *in rem verso* es la ejercitada.

Sostiene él que Rodríguez no era dueño del crédito, ni poseedor, sino meramente su titular y que, por tanto, no puede entenderse como "la persona que estaba en posesión del crédito", a que se refiere el citado artículo 1634 para declarar válido el pago hecho de buena fe a esa persona, "aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía"; y advierte que, siendo Rodríguez parte en la causa mortuoria de don Ambrosio, no podía ignorar lo acontecido sobre el reembolso hecho allí a la señora Orozco de Rodrí-

guez, su endosante, del crédito así cancelado ya para ella.

Pero la buena fe a que se refiere ese artículo es la del deudor, y es claro que no puede darse a éste, en el presente caso, por obligado a saber lo acontecido en la citada causa mortuoria sobre ese reembolso. Por el contrario, tiene que suponerse y reconocérsele de buena fe cuando procedió a pagarle su cuota en la deuda a su actual demandado, en el concepto de ser éste a la sazón su acreedor. Y, desde este punto de vista, ello basta.

Respecto de quien recibía el pago, esa disposición no mira hacia su fe buena o mala, sino a su posesión actual; y no puede remitirse a duda que en ella estaba entonces Rodríguez, para ante el deudor, siendo así que la señora le había endosado el crédito y entregado el pagaré y que con éste fue como él demandó a Melo en la ejecución antedicha, y que, por su lado, la señora había obtenido del Banco, al pagarle, el endoso en cuya virtud a su turno hizo el referido traspaso. De lo que haya acerca de éste nada interesa al actual demandante, cuya buena fe lo ampara en la validez del pago que hizo a quien, en fuerza de los hechos que acaban de citarse, era el poseedor del crédito. Como ya se dijo, Melo no es el titular de las acciones que asistan, si es el caso, a los herederos de Ambrosio Rodríguez por haber recibido sólo Antonio María y no todos ellos. Ningún interés jurídico puede hallarse en Melo para que en su contra se declare inválido el pago que hizo y para que en favor de la sociedad conyugal Rodríguez-Orozco, o de la sucesión de Ambrosio Rodríguez, o, mejor, de las personas en quienes hoy radiquen la continuación o representación de aquéllas, se arregle lo tocante a un pago que para ante ellas puede haber sido mal hecho, pero que para ante el deudor que lo hizo es válido. Apenas es necesario advertir que Melo no tiene la representación de ninguna de esas personas.

La cita de un heredero aparente que, *verbi gracia*, por la revocación ignorada del testamento que lo instituía tal resul-

ta a la postre no serlo, y que, mientras se creía heredero recibió lo que al causante se debía, es muy bien traída para ilustrar el referido artículo 1634; pero no es una limitación ni menos una exclusión de circunstancias distintas que conduzcan a que alguien aparezca como acreedor y así reciba, sin serlo. De ellas es ejemplo el caso presente.

Otra acción invocada en este pleito es la de perjuicios, porque el demandante pide la indemnización de los que afirma haber sufrido por las gestiones judiciales que para el cobro le siguió su actual demandado. Y ahora en el recurso acusa la sentencia por no haber acogido esa acción, con lo cual, dice, se violaron, dejando de aplicarlos, los artículos 2341, 2343 y 2356 del C. C.

El cargo sería procedente si la demanda hubiera tomado como punto de partida la inexistencia de la deuda y esto se hubiese demostrado. Pero, partiendo aquella de que Melo era en realidad deudor de lo que pagó, y demostrado que el pago fue válido, lógicamente no se halla motivo para que, dentro de esta situación, se queje de que se le demandara judicialmente ni de que con ello se le perjudicara, máxime cuando llegó a él por un convenio o arreglo en que obtuvo rebajas. Si quedó libre así de una deuda cuya existencia no puso *sub judice* en su demanda, carece de base el concepto de perjuicio y de asidero el cargo de haberse quebrantado aquellas disposiciones, las que, de paso sea dicho, miran a la culpa extracontractual.

Cuanto al citado artículo 1634, ya se ha visto que el Tribunal no lo quebranta, porque no lo interpretó erróneamente como el recurrente le atribuye. Junto con este cargo formula el de violación de los

artículos 2313 y 2318 del C. C. por no haberse aplicado, debiendo aplicarse. Lo dicho ya conduce también a rechazar este otro cargo. El artículo 2313 habla de pago hecho por quien erróneamente creía deber y prueba que no debía. Es del todo extraño a este pleito en que, según la demanda misma de Melo, su queja está en que quien recibió no tenía derecho para esto, pero no en que él no debiera. El artículo 2318 obliga a quien recibió lo que no se le debía a restituírlo; y ya se ha dicho que, dado que Melo sí debía y que el pago que hizo le vale, la acción a que haya lugar, si tal fuere el caso, contra quien recibió, les asiste a otras personas y no a él, lo que basta para hacer ver la inaplicabilidad de esta disposición en el presente pleito.

De lo expuesto resulta que no son fundados los cargos que se formularon en la demanda de casación.

En mérito de lo dicho, 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 pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintinueve de septiembre de mil novecientos treinta y nueve.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango —
Liborio Escallón — Fulgencio Lequerica
Vélez — Ricardo Hinestrosa Daza —
Hernán Salamanca — Pedro León Rincón,
Srio. en pppdad.

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO

Cuando la sentencia es absoluta no puede haber incongruencia entre lo pedido y lo fallado, puesto que el sentenciador no se ha abstenido de decidir sobre nada de lo que ha sido materia de la controversia, ni entrado a fallar sobre lo que no lo ha sido, ni se ha excedido de lo solicitado.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestroza Daza)

Preparado debidamente, se decide el recurso de casación interpuesto por Vicente Páez contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que, confirmando la absolución pronunciada en favor de Arsenio Páez por el Juzgado del Circuito de Melgar en la primera instancia, decidió en la segunda el juicio ordinario del actual recurrente contra dicho Arsenio sobre resolución de la compraventa solemnizada en escritura número 247, ante el Notario de Melgar, el 7 de septiembre de 1931.

Allí Vicente declara vender la mitad de la finca Argelia, ubicada en Cunday, y de dos lotes contiguos, una y otros debidamente deslindados, a Baronio, Arsenio y Miguel Antonio Páez, por precio que el vendedor declara tener recibido de los compradores, quienes comparecieron a aceptar esa escritura y contrato.

Vicente demanda a Arsenio para que se declare resuelta esa compraventa por no haberle pagado éste la parte del precio que le correspondía y aduce como he-

chos fundamentales que dicha escritura se otorgó por precio recibido para facilitar su otorgamiento atendiendo al viaje que para éste hizo el Notario ese día, aunque los compradores no habían pagado; que Vicente convino con los compradores en que le pagarían después; que no habiéndole pagado, "les propuso que le devolvieran la escritura, ya que nada habían dado como valor del precio convenido"; que después de mucho insistir "en que se le pagara o se le devolviera la escritura", Baronio y Miguel Antonio hicieron esto último en instrumento de la misma Notaría, número 490, de 22 de noviembre de 1937; y que Arsenio "no ha querido cancelar o devolver la escritura". Como fundamento de derecho cita los artículos 1546 y 1930 del C. C. ante todo, así como los artículos 1608, 1613, 964 y concordantes del mismo.

El demandado se opuso afirmando haber hecho el pago y respaldándose en la declaración del vendedor en este sentido. El demandante adujo la citada escritura de 1937, varias declaraciones de testigos y las posiciones que hizo absolver al demandado.

La sentencia del Juzgado, fechada el 29 de marzo de 1939, resuelve que no es el caso de hacer ninguna de las declaraciones solicitadas por el demandante y absuelve al demandado de los cargos de la demanda. La del Tribunal la confirma, como ya se dijo, adicionándola en el sentido de declarar infundada la excepción de prescripción opuesta por el reo.

Una y otra sentencia se fundan en la fuerza probatoria que la referida declaración escrituraria sobre recibo del precio tiene ante el artículo 1759 del C. C.; en que las posiciones absueltas por Arsenio no contienen confesión en contrario; en

que la escritura de Baronio y Miguel Antonio en favor de Vicente en 1937, no fue otorgada por Arsenio, y en que la prueba de testigos no es admisible para alterar lo declarado en la escritura de compraventa de que aquí se trata, por virtud de lo dispuesto en los artículos 1767 del C. C. y 91 de la ley 153 de 1887.

El recurrente invoca los motivos 1º y 2º del artículo 520 del C. J.

Sorprende que presente el motivo 2º, consistente, como es sabido, en que la sentencia adolezca de falta de consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, y ella, que es absolutoria, con lo cual bastaría, puesto que al absolver de todos los cargos de la demanda no se abstiene de decidir sobre nada de lo que ha sido materia de la controversia, ni entra a fallar sobre lo que no lo ha sido, ni se excede de lo solicitado, versó sobre la resolución del contrato antedicho, que fue la acción incoada y la materia del pleito.

El cargo es, por tanto, inadmisibile. Para formularlo se coloca el recurrente en el supuesto de que esa compraventa fue ficticia y conceptúa que debió declararse por ello su nulidad, con lo cual baraja y entremezcla conceptos diversos y, sobre todo, llega al extremo de pretender que incoada la demanda y seguidas las instancias sobre acción resolutoria, se venga a sentenciar ahora sobre una nulidad que no se pidió y sobre la cual nada se ha tramitado.

Dentro del motivo 1º acusa por error en la apreciación de pruebas y consiguiente violación de las disposiciones sustantivas que pasan a verse.

De los artículos 1546 y 1930 del C. C. por no haber declarado la resolución de la compraventa, a pesar de estar demostrado, dice el recurrente, la falta de pago del precio. Este cargo lo deriva de no haberse apreciado las pruebas, así: las posiciones, en cuanto ve en ellas una confesión de Arsenio, y las restantes ya citadas, declaraciones de testigos, porque de éstas surge la demostración del no pago.

También cita al respecto la escritura de 1937.

Arsenio al absolver posiciones afirma que hubo entre Vicente y sus tres hijos prenombrados dos escrituras de venta de él a éstos y que, si la primera fue ficticia, por lo cual le devolvieron los respectivos bienes, la segunda, que es la de que trata este pleito, sí fue efectiva y verdadera; y añade hasta con detalles que él le pagó a Vicente la parte correspondiente del precio en esta segunda compraventa. No háy, pues, error del Tribunal en la apreciación de las posiciones al no encontrar en ellas confesión de Arsenio contra su pago.

No hay error tampoco en reconocer que, no habiendo sido Arsenio otorgante en la escritura de 1937, no puede tener contra él la fuerza que respecto de los otorgantes establece el artículo 1759 del C. C., sobre la declaración hecha allí por Baronio y Miguel Antonio Páez sobre haber sido en confianza la que a éstos y a Arsenio otorgó Vicente el 7 de septiembre de 1931 y que es la discutida en este pleito.

Las disposiciones aducidas por el Tribunal para no admitir la prueba testimonial contra la declaración escrituraria de Vicente, justifican de modo visible esa abstención.

Y no habiendo sido infirmada la prueba plena del pago del precio, mal podía prosperar una acción resolutoria fundada en la falta de este pago. No es, pues, admisible el cargo de violación de dichos artículos 1546 y 1930.

Incidentalmente hacia el final de su sentencia el Tribunal, con ánimo de justificar su negativa a la demanda, cita el artículo 1934 del C. C., y de aquí toma asa el recurrente para acusar de violación de esta disposición por aplicación indebida. Es verdad que ella se refiere a terceros y que, siendo el litigio entre partes, la cita no es procedente; pero ello no implica que el cargo incida en casación, por la razón tan decisiva como sencilla de que tal artículo 1934 no fue aplicado, sino meramente citado, y que la absolución

del reo tiene como fundamento los otros muy distintos ya analizados aquí.

Sobre el pie equivocado de que pueda fallarse ahora sobre nulidad, cita como quebrantados también los artículos 1502, 1508, 1519, 1521, 1523, 1524 y 1526 del C. C. y muy especialmente los artículos 1740 y 1741 del mismo y 2º de la ley 50 de 1936, que el recurrente sostiene que han debido aplicarse. Como para llegar a esta conclusión ha partido del referido concepto sobre nulidad, siendo éste inacceptable, lo es también el cargo, para cuyo rechazo basta esa reflexión, que se cifra en la imposibilidad de cambiar en controversia distinta una que ha versado sobre acción resolutoria exclusivamente.

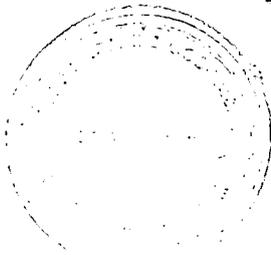
En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil,

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 Ibagué con fecha diez y seis de agosto de mil novecientos cuarenta.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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



REGIMEN PATRIMONIAL EN EL MATRIMONIO ANTES Y DESPUES DE LA LEY
28 DE 1932.

El marido, dentro del régimen jurídico de la sociedad conyugal imperante antes del 1º de enero de 1933, era el único responsable respecto de terceros, durante la sociedad, de todas las deudas, sin distinción de las sociales, de las personales suyas, de las personales de la mujer o contraídas por ella con mandato o autorización expresa o tácita del marido, o nacidas de contrato celebrado de consuno por los dos cónyuges (artículos 1794, numeral 2º y 3º, 1807, 1834, C. C.). El marido era el único deudor respecto de los terceros, como consecuencia natural y lógica de un régimen administrativo en que él disponía como señor y dueño de todos los bienes que integraban el patrimonio social. Esta situación jurídica, esta relación de acreedor y deudor determinada por la celebración de un contrato verificado antes de la ley 28 de 1932, no tenía por qué alterarse ni se alteró por efecto de esta ley que estatuyó, a partir del 1º de enero del año siguiente, un nuevo régimen patrimonial en el matrimonio, en el que cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto 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 hubiere adquirido o adquiriera, y en que marido y mujer serán responsables de las deudas que personalmente contraigan, salvo las concernientes a satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes. Este principio general consignado en el artículo 2º de la ley 28, sobre responsabilidad personal y exclusiva de cada cónyuge por las deudas que contraiga, nada tiene que ver, como es obvio, con obligaciones contraídas bajo el imperio de

la anterior legislación matrimonial, de las cuales sigue siendo deudor el marido y para cuyo pago siguen afectados los bienes del patrimonio social existente entonces, fuera de los especialmente afectados por hipoteca. Ninguna disposición legal ni norma de derecho puede aducirse para concluir que el nuevo régimen legal puede afectar, perturbándolos o lesionándolos, derechos adquiridos por terceros acreedores de obligaciones nacidas perfectamente bajo el sistema legislativo anterior. Por el contrario, de acuerdo con los artículos 20 y 23 de la ley 153 de 1887, en cuyos principios se informa el artículo 7º de la ley 28 contentivo de reglas sobre tránsito de regímenes sociales, todo cambio en materia de derechos y obligaciones anexos a un estado civil deben regirse por la nueva ley que los establece, pero sin perjuicio de que los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley anterior tengan cumplido efecto. Es cierto que a partir del 1º de enero de 1933 el marido dejó de ser el exclusivo dueño y gerente de los bienes de la sociedad conyugal ante terceros, pero no es cierto que haya dejado de ser el deudor de las obligaciones contraídas con terceros por virtud de contratos celebrados durante la vigencia del antiguo régimen, esto es, antes de iniciarse el imperio de la ley 28 de 1932. En consecuencia, es una visible equivocación la de aplicar, para un contrato celebrado antes de esta ley, la doctrina acogida por la Corte en su sentencia del 20 de octubre de 1937, conforme a la cual ninguno de los cónyuges está en posibilidad jurídica de disponer sin concurrencia del otro de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal no liquidada, por adquisiciones verificadas antes del 1º de enero de 1933. Esta inter-

pretación jurisprudencial que la Corte ha hecho del artículo 1º de la ley 28, como consecuencia de haber perdido el marido sus antiguas facultades administrativas y dispositivas de los bienes sociales y con criterio de protección para las mujeres casadas antes de 1933, puesto que sus maridos no han podido disponer arbitrariamente de los bienes que habían comprado hasta esa fecha, se refiere exclusivamente, como allí está dicho con toda claridad, a disposición de bienes por adquisiciones que formaron el haber de la sociedad conyugal, pero en ninguna forma es comprensiva de otros actos jurídicos ni hace referencia a las cargas de la sociedad existente hasta entonces. Otra cosa sería si se tratara, por ejemplo, de hipotecar ahora uno de los inmuebles pertenecientes a esa sociedad no liquidada.

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

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca)

Antecedentes

Por medio de la escritura pública número 138 de 16 de julio de 1913, de la Notaría del Circuito de Tumaco, Carlos Santander N. y María Pinillos de Santander, cónyuges entre sí, se constituyeron deudores de la señorita Isabel B. Douat, a título de mutuo, por la cantidad de \$ 3,000 en moneda de plata antigua por el plazo de diez y ocho meses a contar de la fecha de la escritura, con intereses a la rata del 1% mensual, y para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones hipotecaron una casa y su solar de propiedad de la señora Pinillos de Santander, ubicada en la ciudad de Pasto, mediante la correspondiente licencia judicial requerida entonces.

Por escritura pública número 295 de fecha 15 de abril de 1937, otorgada en la Notaría 3ª del Circuito de Cali, María Pi-

nillos de Santander vendió a Ruth Santander de Pabón la casa hipotecada.

Por medio de demanda fechada el 20 de mayo de 1937, repartida al Juzgado 2º Civil del Circuito de Tumaco, Dorothy y Edna Douat, herederas por iguales partes del crédito de Isabel B. Douat, iniciaron contra Ruth Santander de Pabón como dueña de la finca, juicio especial para la venta de la casa hipotecada para el pago de la obligación mutuaría a que se hizo referencia. Propuso la demandada en este juicio especial, entre otras que no vienen al caso como antecedente de estudio, las excepciones de prescripción de la obligación demandada y de la acción hipotecaria, que el Juzgado declaró infundadas, ordenando en consecuencia la venta del inmueble en sentencia de 18 de diciembre de 1937, confirmada por el Tribunal Superior del Distrito de Pasto en providencia del 4 de junio del año siguiente.

En estas condiciones, con apoyo en la disposición del artículo 1030 del C. J., Ruth Santander de Pabón, en su propio nombre y en libelo fechado el 16 de julio de 1938, demandó ante el Juzgado del Circuito de Tumaco a Dorothy y Edna Douat, vecinas de allí, para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declare "que la garantía específica hipotecada constituida por los señores Carlos Santander N. y María Pinillos de Santander por medio de la escritura pública número 138 de 16 de julio de 1913, de la Notaría de ese Circuito y registrada en el libro de hipotecas de la oficina de registro de ese mismo Circuito, en cuanto afecta con gravamen real el inmueble de la demandante adquirido por medio de la escritura pública número 295 de 15 de abril de 1937, de la notaría del Circuito de Cali y cuyos linderos se determinan en el hecho 5º de esta demanda, se ha extinguido por prescripción extintiva". Pide, en consecuencia, la demandante, que se declare que su finca está libre del gravamen hipotecario referido, y que por con-

siguiente no tienen valor ni efecto alguno los autos por medio de los cuales el Juzgado del Circuito de Tumaco y el Tribunal de Pasto declararon no probada la prescripción de la obligación hipotecaria y del gravamen correspondiente y ordenaron la venta de la casa en pública subasta. Pide, consecuentemente, que se ordene la cancelación del instrumento hipotecario y de su registro y que se condene a las demandadas al pago de las costas de este juicio si a él se opusieren.

Se opusieron las demandadas al contestar la demanda a que se hagan las declaraciones pedidas, la primera principal y las demás consecuenciales, porque su acción real hipotecaria no ha prescrito por haber ocurrido respecto de ella uno de los casos legales de interrupción natural. Sobre estas bases y en torno de esta cuestión, estudiada y decidida en el fallo de excepciones del juicio especial, se ha desarrollado el litigio en sus dos grados. En el primero, finalizado con la sentencia del Juzgado del Circuito de Tumaco de 2 de mayo de 1939 en que fueron negadas todas las peticiones de la demanda, consideró el sentenciador que a pesar de haber transcurrido un lapso de veintidós años desde la fecha de la exigibilidad de la obligación mutuaría (17 de enero de 1915), no se consumó la prescripción extintiva de la acción por virtud de la interrupción natural operada por el reconocimiento de su obligación que el deudor Carlos Santander hizo hasta fines del año de 1934 mediante el pago cumplido de los intereses pactados.

La prueba de este hecho esencial en el debate la constituye la carta presentada por las Douat en el juicio especial y traída por desglose a éste, que Carlos Santander N. le escribió desde Cali a su acreedora Isabel B. Douat, a Tumaco, el día 29 de octubre de 1934 y que forma el folio 48 del cuaderno principal de este proceso. Conviene desde ahora transcribir la parte pertinente de este instrumento, que dice:

“.....Adjuntada encontrará una letri-

ta contra el señor Alfredo Arango por la suma de \$ 24.00 correspondiente a los intereses de agosto, septiembre y octubre del corriente año. Los recibos deben mandarnoslos usted directamente por correo, pues, no me gusta que los demás se impongan de mis negocios reservados. Por eso no le digo que se los entregue a dicho amigo, a quien únicamente le basta la letra cancelada por usted.

“Por si acaso conviniera, y abusando de su amistad, le insinúo la idea de ver si puede aumentar la deuda con unos dos mil pesos más, aumentando la hipoteca. Es porque tengo en perspectiva la compra de una propiedad en este lugar y los fondos que tengo disponibles no me alcanzan para el negocio. Para mayor confianza de usted le manifiesto que mis propiedades están aseguradas contra incendio por la suma de \$ 5.000 pesos oro americano o sean más o menos \$ 7.500 oro colombiano. Al hacerme el nuevo préstamo puedo garantizarlo como usted lo desee. Con el Banco puedo conseguir la suma, pero los plazos son cortos en estas instituciones bancarias y me quedaría la operación muy forzada. Espero su respuesta inmediata. Ya usted me conoce y sabe que pago mis intereses al día...”

Calificada de auténtica esta carta y referente a la obligación mutuaría de la escritura número 138 del 16 de julio de 1913, según pruebas que se analizaron, negó el Juzgado las declaraciones demandadas, como ya se dijo, por considerar que la prescripción extintiva fue de este modo interrumpida.

La sentencia acusada.

La apelación que oportunamente interpuso la parte actora contra la sentencia del Juzgado del Circuito llevó el negocio a la consideración del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto. En esta segunda instancia se estudió y resolvió la cuestión del litigio sobre las siguientes conclusiones:

El contrato de mutuo con garantía hi-

potecaria de que da cuenta la escritura pública número 138 del 16 de julio de 1913, otorgada en la Notaría de Tumaco, entre los cónyuges Carlos Santander y María Pinillos de Santander como mutuarios e Isabel B. Douat como mutuante, se celebró bajo el régimen legal administrativo de la sociedad conyugal que rigió hasta 1933, en que la mujer era tenida como persona relativamente incapaz, que no podía celebrar contrato alguno ni hipotecar sus bienes sin autorización del marido y licencia judicial y en que éste era el único administrador y dueño de los bienes sociales, de tal modo que la obligación que se generó a favor de Isabel Douat es de la sociedad conyugal que es el deudor obligado a su pago, total. La señora Pinillos de Santander garantizó con hipoteca sobre una casa de su propiedad la obligación mutuaría de la sociedad conyugal, gravamen éste que subsistió a pesar de la venta que de la casa hizo a la señora Santander de Pabón cuando ya dentro del nuevo régimen patrimonial del matrimonio le fue posible disponer libremente de sus bienes propios.

No hay duda de que para el 20 de mayo de 1937 en que las herederas de la mutuante Douat iniciaron acción real de venta de la casa hipotecada para el pago de la obligación mutuaría estaban extinguidas por prescripción la acción ejecutiva y la ordinaria para el cobro, porque iban corridos más de veinte años desde cuando la deuda se hizo exigible, de manera que la defensa exceptiva usada por la señora Santander de Pabón debe prosperar, sin que sea óbice para esto la presencia en autos de la carta privada escrita por Carlos Santander a su acreedora Douat, a que se ha hecho referencia, porque este documento, de indudable autenticidad, no puede producir sin embargo los efectos interruptores de la prescripción en los términos del artículo 2539 del C. C., como equivocadamente lo consideró el Juzgado del Circuito, por las razones que en seguida se expresan.

Conforme al régimen administrativo de

la sociedad conyugal, bajo cuyo imperio se adquirió la obligación social de que se trata, el marido respondía exclusivamente ante terceros de las deudas de la sociedad y ante ellos aparecía como dueño de sus bienes propios y de los sociales como si todos formaran un solo patrimonio. A partir del 1º de enero de 1933, en que se inició la vigencia de la ley 28 del año anterior, la mujer casada adquirió plena capacidad civil y entró a gerenciar el patrimonio de la sociedad conyugal con iguales facultades dispositivas y administrativas que su marido. Dentro de estas nuevas condiciones, el marido perdió la jefatura y gerencia exclusivas de la sociedad conyugal y por tanto la calidad de dueño exclusivo ante terceros de los bienes sociales, y consecuentemente, según interpretación doctrinal hecha por esta Sala en sentencia del 20 de octubre de 1937, la antigua capacidad dispositiva sobre el conjunto de bienes de la vieja sociedad no liquidada, los cuales quedaron sometidos al gobierno simultáneo de los dos cónyuges, quienes no podrán disponer de ellos sino obrando conjuntamente.

El acto de interrumpir una prescripción, que no es simplemente administrativa sino de disposición, tiene que ser obra del deudor de la obligación que es a quien compete reconocer su existencia, expresa o tácitamente. "En el presente caso, el deudor es la sociedad conyugal Santander-Pinillos; por consiguiente, se necesitaba un hecho ejecutado por esta sociedad para que la deuda que iba en camino de prescribir se interrumpiera. En esas condiciones, la interrupción derivada de la carta del 29 de octubre de 1934, cuando ya la mujer administraba conjuntamente el patrimonio social, no puede perjudicar a la sociedad conyugal. Se necesitaría que el marido como la mujer, obrando conjuntamente, hubieran ejecutado el hecho que produjera el fenómeno de la interrupción".

Apoyado en lo expuesto, que engloba los razonamientos esenciales del fallo acusado, el Tribunal en fallo del 8 de marzo

de 1940, revocó, con el voto disidente de uno de sus magistrados, la sentencia de primer grado y en su lugar declaró que "la garantía real hipotecaria constituida por los señores Carlos Santander N. y María Pinillos de Santander por medio de la escritura número 138 de 16 de julio de 1913 de la Notaría de Tumaco" se ha extinguido por prescripción liberatoria, y que en consecuencia el inmueble adquirido por la señora Ruth Santander de Pabón por escritura número 295 de 15 de abril de 1937 se encuentra libre del gravamen hipotecario, cuya inscripción debe cancelarse en la oficina de registro correspondiente. "Quedan, en consecuencia—dice la sentencia acusada— revisadas" las providencias judiciales dictadas en el juicio especial sobre venta de la cosa hipotecada de Dorothy y Edna Douat contra Ruth de Pabón en que se negó la prescripción alegada. No se hizo condenación en costas.

El recurso.

Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia interpusieron oportunamente las demandadas Dorothy y Edna Douat el recurso de casación que hoy se decide, después de agotada su tramitación especial. La demanda en que se formula la acusación contra el fallo del Tribunal, apoyada en el primero de los motivos que enumera el artículo 520 del C. J., coloca la decisión del recurso en el caso previsto en el artículo 538 de este código, porque de los numerosos cargos expuestos con innecesaria extensión y sin la conveniente claridad, la Sala acoge uno que ha encontrado suficientemente fundado para producir la infirmación de la sentencia recurrida, en forma que resulta inoficiosa la consideración de los restantes.

El cargo acogido como base de la casación es por violación de ley sustantiva. Concretándolo, consiste en que el Tribunal quebrantó las disposiciones de los artículos 1834, 2537 y 2539 del C. C., y 1º, 2 y 7 de la ley 28 de 1932, por indebida

aplicación unos y falta de aplicación otros, al negarse a reconocer el fenómeno de la interrupción prescriptiva producida por la carta de Carlos Santander de fecha 29 de octubre de 1934, porque siendo la de que se trata obligación de la sociedad conyugal contraída bajo el imperio del régimen anterior a la ley 28 de 1932, era el marido el deudor para todos los efectos jurídicos, y porque no habiéndose liquidado la sociedad conyugal Santander-Pinillos, no es procedente, tratándose de un contrato anterior al 1º de enero de 1933, dar aplicación al nuevo régimen patrimonial dentro del matrimonio.

La Corte considera:

El marido, dentro del régimen jurídico de la sociedad conyugal imperante en la época en que se celebró el contrato de mutuo que recoge la escritura pública número 138 de 16 de julio de 1913, de la Notaría de Tumaco, era el único responsable respecto de terceros, durante la sociedad, de todas las deudas, sin distinción de las sociales, de las personales suyas, personales de la mujer o contraídas por ella con mandato o autorización expresa o tácita del marido, o nacidas de contrato celebrado de consuno por los dos cónyuges, como es el caso de que se trata. (1796, numerales 2º y 3º, 1807, 1834, C. C.). El marido era el único deudor respecto de los terceros, como consecuencia natural y lógica de un régimen administrativo en que él disponía como señor y dueño de todos los bienes que integraban el patrimonio social. De la obligación mutua adquirida por la sociedad Santander-Pinillos a favor de Isabel B. Douat, cobrada por las herederas de la acreedora con la acción real que les daba el contrato accesorio de hipoteca, era Carlos Santander N. el exclusivo deudor, la única persona de quien podía legalmente demandarse el pago de la obligación. Entre las relaciones jurídicas que por virtud de ese contrato de préstamo se generaron no existe ninguna que vinculara personalmente a la cónyuge María Pinillos de Santander como deudora de Isabel Douat por razón del dinero prestado.

Esta situación jurídica, esta relación de acreedor y deudor determinada por la celebración de un contrato, no tenía por qué alterarse ni se alteró por efecto de la ley 28 de 1932 que estatuyó, a partir del 1º de enero del año siguiente, un nuevo régimen patrimonial en el matrimonio, en el que cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto 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 hubiere adquirido o adquiriera, y en que marido y mujer serán responsables de las deudas que personalmente contraigan salvo las concernientes a satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes. Este principio general consignado en el artículo 2 de la citada ley 28, sobre responsabilidad personal y exclusiva de cada cónyuge por las deudas que contraiga, nada tiene qué ver, como es obvio, con obligaciones contraídas bajo el imperio de la anterior legislación matrimonial, de las cuales sigue siendo deudor el marido y para cuyo pago siguen afectados los bienes del patrimonio social existente entonces, fuera de los bienes especialmente afectos por hipoteca. Ninguna disposición legal ni norma de derecho puede aducirse para concluir que el nuevo régimen legal puede afectar, perturbándolos o lesionándolos, derechos adquiridos por terceros acreedores de obligaciones nacidas perfectamente bajo el sistema legislativo anterior. Por el contrario, de acuerdo con los artículos 20 y 23 de la ley 153 de 1887, en cuyos principios se informa el artículo 7º de la ley 28 contentivo de reglas sobre tránsito de regímenes sociales, todo cambio en materia de derechos y obligaciones anexos a un estado civil deben regirse por la nueva ley que los establece, pero sin perjuicio de que los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley anterior tengan cumplido efecto.

Es cierto que a partir del 1º de enero de 1933 el marido dejó de ser el exclusivo dueño y gerente de los bienes de la so-

ciudad conyugal ante terceros, pero no es cierto que haya dejado de ser el deudor de las obligaciones contraídas con terceros por virtud de contratos celebrados durante la vigencia del antiguo régimen, esto es, antes de iniciarse el imperio de la ley 28 de 1932. Es una visible equivocación tratar el problema de este pleito a la luz de la doctrina acogida por esta Sala en su sentencia del 20 de octubre de 1937, aducida por el Tribunal como fundamento de su sentencia, y conforme a la cual ninguno de los cónyuges está en posibilidad jurídica de disponer sin concurrencia del otro, de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal no liquidada, por adquisiciones verificadas con anterioridad al 1º de enero de 1933. Esta interpretación jurisprudencial que la Corte ha hecho del artículo 1º de la ley 28, como consecuencia de haber perdido el marido sus antiguas facultades administrativas y dispositivas de los bienes sociales y con criterio de protección para las mujeres casadas antes de 1933, puesto que sus maridos no han podido disponer arbitrariamente de los bienes que habían comprado hasta esa fecha, se refiere exclusivamente, como allí está dicho con toda claridad, a disposición de bienes por adquisiciones que formaron el haber de la sociedad conyugal, pero en ninguna forma es comprensiva de otros actos jurídicos ni hace referencia a las cargas de la sociedad existente hasta entonces. Otra cosa sería si se tratara, por ejemplo, de hipotecar ahora uno de los inmuebles pertenecientes a esa sociedad no liquidada.

Aplicando estas nociones al caso en estudio resulta claro que la carta que Carlos Santander N., único deudor de la obligación mutuaría, escribió a su acreedora Isabel Douat el 29 de octubre de 1934, debe producir las consecuencias jurídicas determinadas en el artículo 2539 del C. C., interruptoras de la prescripción de la acción, porque tal documento epistolar, cuya autenticidad ha sido debidamente establecida en los autos, vale indudablemente un reconocimiento tácito "por lo

menos" que el deudor hizo de su obligación, pues no otra cosa puede deducirse del pago de los intereses y de la propuesta que allí hace a su acreedora para que le aumente la deuda aumentando él la hipoteca y de la declaración que hace de que ha pagado los intereses al día.

Partiendo de la fecha de la exigibilidad de la obligación de que da fe la escritura número 138 de 1913 — 17 de enero de 1915 — los veinte años que hubieran determinado la extinción prescriptiva de las acciones de cobro, se habrían cumplido el 17 de enero de 1937; pero en el año de 1934, como se ha visto, se produce el reconocimiento del deudor, quien manifiesta, solicitando un aumento de la suma prestada, que ha pagado cumplidamente sus intereses. En estas condiciones el lapso prescriptivo ha estado interrumpido, y solamente puede empezar a contarse desde el 1º de noviembre de 1934, fecha en que dejaron de pagarse los intereses del mutuo. Y desde este día hasta el mes de mayo de 1937 en que fue presentada la demanda con acción real para la venta de la casa hipotecada sólo corrieron dos años y meses, término que no afecta la vida de acciones de esta especie.

Sobre la autenticidad de la carta no cabe duda. El Tribunal la consideró perfectamente demostrada por la confesión de su autor, y este particular de la sentencia, no recurrida por la parte a quien perjudica, no puede ser modificada por la Corte. Respecto de la relación que la carta referida tenga con la deuda cobrada por las Douat, es claro que el Tribunal tuvo que aceptarla como una de las bases de su sentencia, que se funda, no en que el reconocimiento de la deuda que ella implica no existiera, sino que es ineficaz por no haber sido acto conjunto de los cónyuges Santander y Pinillos. Por lo demás, que la deuda a que Carlos Santander hace alusión epistolariamente es la con-

traída por él en la escritura de 1913, es cosa que no puede someterse a duda en presencia de los términos en que está concebida. Se ha insinuado que en dicho documento se hacía referencia a una obligación distinta y personal adquirida por el corresponsal Santander; pero es inaceptable tal especie porque en la carta se habla de la deuda con garantía hipotecaria, y porque en el juicio no se ha exhibido ningún elemento de prueba que haga siquiera verosímil la existencia de esa otra obligación, demostración muy sencilla de hacer y que correspondía a la actora al tenor del artículo 595 del C. J.

En las breves consideraciones que anteceden se hallan confundidas las razones que sirven a un mismo tiempo para infirmar el fallo por violación de ley sustantiva y para dar apoyo a la resolución que en su reemplazo ha de dictarse como resultado de la prosperidad del recurso de casación.

Por lo tanto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el 8 de marzo de 1940 y en su lugar confirma la pronunciada por el Juzgado del Circuito de Tumaco el 2 de mayo de 1939, con que finalizó el primer grado del juicio.

Sin costas en el recurso.

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

Isaías Cepeda — José Miguel Arango.
 Liborio Escallón — Fu'gencio Lequerica
 Vélez — Ricardo Hinestrosa Daza — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón,
 Srio. en p'p'dad.

SOLICITUD DE ACLARACION DE UNA SENTENCIA

El recurso que concede el art. 482 del C. J. no puede ir más allá del contenido de lo que ha sido resuelto, pero sin modificar ni revocar las declaraciones de la sentencia, porque eso equivaldría, contra los principios y el texto de la ley, a convertir la simple aclaración en recurso de reposición.

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

Visto el anterior memorial en que el apoderado de la parte no recurrente solicita aclaración de la sentencia proferida por la Corte el diecisiete del pasado junio, se considera para resolver.

El punto de la pretendida aclaración lo expone así el memorialista:

“En la sentencia proferida por esa honorable Sala, se casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha 10 de julio del año próximo pasado, con el fin de modificar el numeral segundo de este fallo para aclararlo, en el sentido de indicar que el pago de los frutos que deben hacer los demandados, es la proporción que corresponda a la parte del precio no cubierta. Mas como en el numeral tercero del mismo fallo se condena por el Tribunal a la parte actora al pago de una cantidad fija en dinero, sin expresarse en esa restitución de la parte del precio recibida por la entidad vendedora debe tenerse en cuenta el monto de los intereses pactados, por esto creo yo que la sentencia proferida por esa Sala debe ser aclarada en el sentido de expresar, que de la cantidad recibida como precio por

la parte actora debe descontarse la cantidad correspondiente a los intereses pactados”.

Es necesario advertir, en primer término, que la resolución del contrato de compraventa con sus correspondientes prestaciones recíprocas no fue decretada por la Corte sino por el Tribunal en la sentencia acusada en casación, de tal modo que la posición de cada una de las partes estaba ya procesalmente determinada cuando el negocio entró a la consideración del recurso, que no fue interpuesto sino por la parte demandada. Fijada por esta circunstancia la jurisdicción de la Sala, la cuestión que el memorialista plantea —obligación del vendedor de restituir la parte recibida del precio y sus intereses— no estaba sometido a decisión ni cambio, no prosperando totalmente el recurso, en concepto de ser favorable a la parte recurrente. Si no podía ser modificado parcialmente el punto de que se trata en la sentencia que decidió el recurso por no ser materia especial *sub iudice*, muchísimo menos podrá serlo con ocasión de un pedimento de aclaración que forzosamente ha de circunscribirse a lo que fue decidido, y no más que a esto.

Como se ve del preinserto párrafo, el memorialista no pretende la aclaración de ningún concepto de la sentencia porque ofrezca verdadero motivo de duda, sino que en realidad lo que persigue es una verdadera modificación del fallo del Tribunal reduciendo el alcance y cuantía de una de las prestaciones a que fue condenada una de las partes contratantes como consecuencia de la resolución del contrato. Y por este aspecto la solicitud que se considera no es menos inaceptable, porque el recurso que concede el artículo 482 del C. J. para determinar el verdadero

sentido y alcance de las condenaciones judiciales, no puede ir más allá del contenido de lo que ha sido resuelto, pero sin modificar ni revocar las declaraciones de la sentencia, porque eso equivaldría, contra los principios y el texto de la ley, a convertir la simple aclaración en recurso de reposición.

Por lo expuesto, no se accede a lo pe-

dido en el anterior memorial.

Notifíquese.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango.
Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa
Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Her-
nán Salamanca — Pedro León Rincón,
Srio. en pppdad.



ACCION DE SIMULACION.—APRECIACION DE PRUEBAS.—DOCTRINA SOBRE ESTE PUNTO.—ERROR DE HECHO EN APRECIACION DE LA PRUEBA INDICIARIA.

1.—La antigua doctrina sobre la soberanía absoluta de los Tribunales en la apreciación de las pruebas ha sido revaluada por la Corte y limitada o modificada en el sentido de quitarle el alcance irrestricto que le asignaba tal doctrina, pero manteniendo el respeto por la convicción del fallador en cuanto ésta se funde en elementos probatorios bien apreciados. Esto no quiere decir que no sea viable atacar en casación la estimación probatoria del fallador, porque eso equivaldría a volver a la antigua doctrina de la soberanía irrestricta del juzgador. No; en casación procede ese ataque y puede prosperar, pero circunscrito a ciertos factores, como lo ha sostenido la Corte en varios fallos. — 2.—Para que exista el error de hecho en la apreciación de la prueba indiciaria, con eficacia para casar un fallo, es necesario que la interpretación pugne con la manifiesta evidencia de los hechos acreditados en el proceso o que el fallador haya hecho deducciones ilógicas que rompan la relación de causalidad, entre el hecho establecido plenamente y la deducción derivada de éste. Y ese error puede provenir no sólo de lo que acaba de anotarse, sino también de la omisión en la apreciación de alguna prueba, omisión que tenga la eficacia de desvirtuar las que el fallador tuvo en cuenta para deducir que el hecho indicio está demostrado. Y esto es claro desde luego que en el numeral 1º del artículo 520 del C. J. se estatuye que proce-

de el recurso de casación si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, en cuanto por esto haya incurrido el Tribunal en error de derecho o en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos. En una palabra, la apreciación del Tribunal sentenciador es intocable cuando deduce los indicios de hechos comprobados.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, julio diez y ocho de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Mercedes Caballero v. de Gómez, en nombre de la sociedad conyugal ilíquida que tuvo con su esposo Jesús Gómez M. y también en nombre de la sucesión de este señor, demandó a Joaquín Gómez Munar para que mediante la tramitación de un juicio ordinario se hicieran las siguientes declaraciones: Que es inexistente o sin valor alguno el contrato de compraventa celebrado entre Jesús Gómez M. y Joaquín Gómez Munar que consta en la escritura 663 de 15 de mayo de 1931 de la Notaría quinta de Bogotá, por medio del cual aparece que el primero vendió al segundo dos lotes de terreno ubicados en la vereda de "Paicagüita", jurisdicción del municipio de Lenguazaque. Que en consecuencia los globos de tierra mencionados no salieron del patrimonio de Jesús Gómez ni entraron al de Joaquín Gómez Munar. Que el demandado debe devolver los globos de tierra materia del con-

trato con sus frutos naturales y civiles y que para esta restitución se le debe considerar como poseedor de mala fe. Como subsidiaria ejercitó la actora, en el carácter ya expresado la acción resolutoria, por no haber pagado el precio de la venta.

El Juez a quo, el Civil del Circuito de Ubaté, en sentencia de 15 de julio de 1938 desató la litis accediendo a las peticiones de la acción principal y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por apelación de la parte demandada, la confirmó en fallo de 3 de abril del año próximo pasado, contra el cual interpuso recurso de casación el demandado.

Pasa hoy a decidirse sobre el recurso.

El Tribunal y las partes han entendido que se trata en este caso de simulación; el fallador de segunda instancia se expresa así: "En el caso de que aquí se trata, la señora Caballero de Gómez no ha ejercitado la acción que hubiera tenido su esposo para reintegrar a su patrimonio los bienes que — se ha dicho — fueron ficticiamente enajenados por éste a su hermano Joaquín Gómez Munar, sino que se presenta alegando el fraude que con la venta sufrió en sus intereses la sociedad conyugal ilíquida que formó con el vendedor Jesús Gómez Munar. Tiene pues ella la calidad de tercero y en el ejercicio de esta acción goza de toda la amplitud probatoria que la ley reconoce a quienes con este carácter pretenden acreditar la simulación".

El debate en casación gira al rededor de la cuestión de hecho o sea que el recurrente acusa la sentencia, como se verá luego, por haber incurrido el fallador "en error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, y haber violado, en consecuencia, las disposiciones legales de carácter sustantivo, que iré mencionando (dice) en el estudio de cada una de dichas pruebas".

El fallador de Bogotá, después de un examen de los elementos probatorios indiciarios de la simulación, halló que se encontraba demostrada y se expresó así en lo pertinente:

"Conforme al artículo 662 del C. Judi-

cial las demás presunciones fundadas en pruebas incompletas o indicios, tienen más o menos fuerza, según sea mayor o menor la relación o conexión entre los hechos que la constituyen y el que se trata de averiguar y según el 665 subsiguiente, por regla general, los indicios no necesarios forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurren todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido. En el caso de que aquí se trata, los hechos indiciarios que se han dejado expuestos, son muy numerosos; no son necesarios, por cuanto cada uno de ellos por separado permiten otras probabilidades diversas al hecho de la simulación, que de ellos puede deducirse; pero todos ellos son graves, precisos y conexos, como que relacionados unos con otros entre sí, concurren todos a demostrar la absoluta falta de seriedad, la ausencia de sinceridad en la enajenación que de sus bienes raíces le hacía don Jesús Gómez a su hermano don Joaquín; cuando eran más hondas las diferencias que aquél tenía con sus hijastros y más inminente el peligro de que por la grave enfermedad que aquejaba a la esposa, ésta falleciera sobreviniendo la inmediata liquidación de la sociedad conyugal y la consiguiente participación de aquéllos en sus bienes. Y porque así lo consideraba íntimamente el propio demandado, es por lo que él mismo no intentó, a todo lo largo de este amplísimo debate probatorio que ha tenido el juicio, buscar siquiera una explicación a esa imposibilidad económica en que al tiempo del contrato se hallaba para adquirir bienes de contado por valor de diez mil pesos y que los propios testimonios aducidos por él sólo admitían, teniendo en cuenta los otros bienes de que era dueño, y de los cuales no tuvo que disponer, así como del uso de su amplísimo crédito, que tampoco tuvo necesidad de usar Ni a las razones que don Jesús le hubiera dado para disponer tan intempestivamente de todo su patrimonio inmueble mediante

aquella venta; ni a las que pudieron moverle para no entrar en la posesión de los bienes adquiridos, primero y luégo para darlos en arrendamiento, éstos y nada más que éstos, en momentos en que necesitaba buscar otros para satisfacer la totalidad de sus necesidades agrícolas y ganaderas; ni siquiera pretendió dar una explicación a ese ambiente general y notoriamente público que todos los testigos declaran, sobre el hecho de la simulación, y que don Joaquín Gómez no se atrevió a negar, cuando se le interrogó en posiciones así: "DECIMA SEPTIMA. Cómo es cierto que usted sabe a ciencia cierta que en toda la región de Ubaté el señor Jesús Gómez Munar y no usted, es reconocido como dueño de las mencionadas fincas? CONTESTO: Bien puede ser que no me reconozcan, pero mis títulos lo dirán".

El fallador de segunda instancia tuvo en cuenta los siguientes hechos indiciales, que estimó probados, que analizó y que conexiónados entre sí, formaron su convicción sobre el pacto simulado: a) El matrimonio de don Jesús Gómez con la señora Mercedes Caballero v. de Gómez, y sus causas; b) Los desacuerdos de familia especialmente entre Gómez y los hijos que su esposa Mercedes había tenido en su primer matrimonio con el señor Castillo; c) Las circunstancias que rodearon el contrato atacado de simulado; d) El parentesco entre los dos contratantes; e) Las causas que indujeron a la venta; f) La extensión y alcance de ésta; g) La realidad del precio pagado; h) El goce de los bienes vendidos, e i) El pago del impuesto predial.

La parte recurrente, como ya se dijo, y apoyada en la causal primera del artículo 520 del C. Judicial acusa la sentencia por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas y entra a refutar la apreciación que el Tribunal hizo de cada uno de los indicios que quedan expresados y señala como violados los artículos del Código Judicial sobre valor probatorio de los indicios especialmente los siguientes: 666, 698, 667, 632 y 593 del C. Judicial y 891 del C. Civil. De mo-

do pues que según la acusación cada indicio que tuvo en cuenta el Tribunal ha sido atacado por el mismo concepto y se han señalado para todos ellos, aunque por separado, como violados los mismos artículos, y así tenía que ser, desde luego que el recurrente impugna uno a uno los indicios en que el Tribunal fundó su decisión.

Como cuestión previa se considera: La antigua doctrina sobre la soberanía absoluta de los Tribunales en la apreciación de las pruebas ha sido revaluada por la Corte y limitada o modificada en el sentido de quitarle el alcance irrestricto que le asignaba tal doctrina, pero manteniendo el respeto por la convicción del fallador en cuanto ésta se funde en elementos probatorios bien apreciados. En sentencia de 29 de julio de 1937. (G. J., Tomo XLV, número 1926, página 339), dijo la Corte esto: "Aun cuando la antigua doctrina sobre la soberanía absoluta de los Tribunales en la apreciación de pruebas ha sido modificada en el sentido de quitarle el alcance irrestricto que le asignaba tal doctrina, no obstante la Corte sigue sosteniendo y así lo ha hecho en varios fallos recientes, que la convicción del Tribunal se sostiene siempre que los elementos probatorios en los cuales los ha basado no hayan sido mal apreciados ni se hallen infirmados por otros".

De esta doctrina dedujo la Corte en fallo posterior, sentencia de 1º de diciembre de 1938, G. J., número 1943, página 461, Tomo XLVII: "El Juez es soberano en el justiprecio de la fuerza de convicción que corresponde a los indicios, porque la ley ha dejado a su juicio calificar sus caracteres de gravedad y precisión, según las relaciones y conexiones entre los hechos que los constituyen y los que se trata de averiguar".

Pero lo anterior no quiere decir que sea imposible o no sea viable atacar en casación la estimación probatoria del fallador, porque eso equivaldría a volver a la antigua doctrina de la soberanía irrestricta del juzgador. No, en casación procede ese ataque y puede prosperar, pero circuns-

crito a ciertos factores, como lo ha sostenido esta Corte en varios fallos, entre otros el de 26 de octubre de 1939, G. J., número 1950, Tomo XLVIII, donde se lee lo siguiente: "la apreciación de los indicios, su mayor o menor gravedad y sus relaciones entre sí, es una operación de la inteligencia y la conciencia del Juez, que no está ni puede estar sujeta a reglas determinadas..... Se deduce de lo expuesto que no es procedente el recurso de casación por error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba indiciaria, sino en casos especiales en que su interpretación por el juzgador ha sido absurda que pugne con la manifiesta evidencia de los hechos, en otra forma demostrada en el proceso....." "El error de hecho debe ser de tal magnitud que sea capaz de producir por sí mismo la convicción judicial de su existencia, de modo que la alegación que se funde en tal causal debe enderezarse a señalar y demostrar el error en que haya incurrido la sentencia, que no puede ser sino la afirmación de un hecho cuya inexactitud se manifiesta a la luz de las probanzas mismas en que se quiso apoyar, o en la negación de un hecho cuya existencia y exactitud es innegable de acuerdo con los elementos probatorios traídos a los autos" (Gaceta Judicial, Tomo XLVII, número 1944, sentencia de 23 de febrero de 1939).

Se infiere de todo lo anterior que para que exista el error de hecho en la apreciación de la prueba indiciaria, con eficacia para casar un fallo, es necesario que la interpretación pugne con la manifiesta evidencia de los hechos acreditados en el proceso o que el fallador haya hecho deducciones ilógicas que rompan la relación de causalidad, entre el hecho establecido plenamente y la deducción derivada de éste.

Y ese error puede provenir no sólo de lo que acaba de anotarse, sino también de la omisión en la apreciación de alguna prueba, omisión que tenga la eficacia de desvirtuar las que el fallador tuvo en cuenta para deducir que el hecho indicio

está demostrado. Y esto es claro desde luego que en el numeral 1º del artículo 520 del C. Judicial se estatuye que procede el recurso de casación si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, en cuanto por esto haya incurrido el Tribunal en error de derecho o en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos.

Sentado lo anterior se pasan a estudiar por separado cada uno de los cargos, que como ya se dijo, van encaminados a destruir o impugnar cada uno de los indicios que el Tribunal tuvo en cuenta para formar su convicción.

Es del caso observar ante todo, que en ocasiones similares a la presente, ha sostenido la Corte que lo que debe estudiarse es si las pruebas en que se funda cada uno de los hechos indiciales fueron o no bien estimadas por el fallador.

El Tribunal tuvo en primer término como hecho inicial, el matrimonio celebrado entre Jesús Gómez M. y Mercedes Caballero v. de Gómez, viuda de Castillo, quien doblaba en edad a aquél, joven pobre y sin recursos, de edad de 22 años, al pasó que su esposa poseía riquezas relativas para el medio en que vivía. Estos hechos están comprobados en autos, de ellos el Tribunal deduce que la causa del matrimonio fué el interés pecuniario del esposo. No es pues un mero juicio arbitrario del fallador, sino una deducción sobre hechos comprobados basados en pruebas directas, en donde no se ve mala apreciación o falta de apreciación de alguna.

Entre los hijos de doña Mercedes y su padrastro Jesús Gómez surgieron serios desacuerdos, por intereses, que repercutieron sobre la vida del hogar y que determinaron que don Jesús lo abandonara, retirándose a la población de Cucunubá. Uno de sus hijastros, Leonidas, pidió a don Jesús que rindiera cuentas de la administración de sus bienes; don Jesús no las rindió oportunamente, Leonidas lo demandó entonces por la suma de \$ 5,000 en qué juró los perjuicios, ejecución que prosperó y algunos meses más tarde Je-

sús hizo la venta acusada de simulada a Joaquín Gómez M. Lo anterior está plenamente establecido en autos, el Tribunal dedujo de esos hechos otro indicio, por apreciación de las pruebas que lo respaldan y en esa apreciación no encuentra la Corte que hubiera incidido en error manifiesto de hecho o de derecho. La señora Mercedes Caballero v. de Gómez padeció una grave enfermedad a principios de mayo de 1931 que los facultativos creyeron mortal, según declaran en el proceso, y en ese mismo mes don Jesús otorgó la escritura acusada y la otorgó a su hermano el demandado. De estos hechos, también demostrados, el Tribunal dedujo dos nuevos indicios de la simulación; el primero, que con el objeto de que los bienes habidos dentro de la sociedad conyugal no pasaran, en parte lo menos, a los hijos de doña Mercedes, cuyo fallecimiento se creía casi seguro, los traspasó, y el segundo, ese traspaso fue hecho a su hermano, y ha sido observado que las escrituras simuladas generalmente se otorgan a personas de gran confianza y especialmente a los parientes. En la apreciación de las pruebas que dan base a esos indicios, tampoco se ha demostrado el error de hecho o de derecho en que hubiera podido incurrir el Tribunal.

Otro indicio es el siguiente: la escritura de venta comprende tres inmuebles, todos los que poseía el vendedor Jesús Gómez, no se demostró que poseyera más, y es cosa también muy observada que cuando se quiere sustraer bienes de la persecución de los acreedores, o evitar que formen el acervo de una comunidad, se enajenan todos y conjuntamente. No existe explicación ninguna en los autos respecto de esa enajenación total y el Tribunal tomó como indicio el modo como se hizo la venta, basado en hechos comprobados.

En un extenso capítulo el Tribunal llegó a la conclusión de que no hubo precio, de que el comprador Joaquín Gómez M. no pagó al vendedor los diez mil pesos a que se refiere la escritura como valor de los inmuebles vendidos. Se fundó para

esto en lo siguiente: Don Joaquín tenía cuenta corriente en el Banco de Bogotá; el saldo de éste el 15 de mayo de 1931 era de veinte centavos; el 13 de mayo, dos días antes de formalizarse la escritura consignó \$ 800, los cuales giró el 19, es decir, cuatro días después de la compra. Don Jesús su hermano también tenía cuenta en el Banco de Bogotá y no aparece que ni en el día de la venta, ni en los anteriores ni en los posteriores hubiera hecho consignación de ninguna clase. De donde el Tribunal abre este interrogante: "Por qué don Joaquín no hizo uso de la cuenta bancaria para tener asegurada y a su disposición una suma tan respetable como la de diez mil pesos; por qué habiéndose otorgado el título en esta ciudad, don Jesús recibe y tampoco hace uso de esa cuenta bancaria para guardar el precio?" El Tribunal no descarta la posibilidad, mejor la hipótesis, de que se pueda pagar no haciendo uso de la cuenta corriente, pero no encontró ningún factor comprobado para poder aceptar dicha hipótesis y todos los otros elementos probatorios concurren a demostrar que no hubo precio, factores que son: el comprador no hizo uso del crédito para la compra, no enajenó ninguno de sus bienes, no demostró en qué forma hizo el pago, ni explicó por qué mantenía absolutamente inactiva una suma tan importante como la de \$ 10,000, siendo un hombre de negocios. Varios testigos declaran al respecto que el comprador estaba capacitado para comprar las fincas, pero haciendo uso del crédito o enajenando bienes, uso y enajenación que no puso en práctica y de ahí la no explicación de cómo pudo pagar el precio de lo comprado.

Sobre los anteriores hechos comprobados, cuenta corriente de los contratantes, declaraciones de los testigos, demostración de que el comprador era hombre de negocios, el Tribunal dedujo este nuevo indicio de la simulación, consistente en que no había habido precio, y en esa deducción, por cuanto se basa en hechos comprobados, tampoco hay error de hecho ni de derecho. Finalmente, se demostró

que el comprador no entró a disfrutar los bienes comprados a su hermano sino que éste siguió administrándolos, al frente de ellos, y con mucha acuciosidad, pues el pago del impuesto predial después de la venta siguió siendo hecho por don Jesús. Otros dos nuevos indicios dedujo en pro de la simulación el Tribunal, en virtud de hechos demostrados.

Ahora bien: Al proceder así no violó el fallador los artículos 662 y 665 del C. Judicial, por cuanto como ya se dijo, la convicción del Tribunal es intocable cuando deduce los indicios de hechos comprobados, y los que dan base a los deducidos por el Tribunal están acreditados plenamente en los autos. El Tribunal estudió uno a uno los indicios, cada uno de los cuales está respaldado por sus pruebas respectivas, luego no puede sostenerse que todos se refieran a un mismo indicio y en la apreciación de la prueba testimonial se ciñó a lo dispuesto por el artículo 697 del C. Judicial que no pudo tampoco ser violado.

El recurrente cita también como infringido el artículo 891 del C. Civil, cita errada, pues parece que se refirió al 981 de la misma obra. Mas este artículo no pudo ser infringido, porque lo que se trató de demostrar, con el hecho de que el vendedor hubiera seguido disfrutando la

finca, no fueron actos de posesión en el sentido que les da la norma indicada, sino el hecho de que quien vende un predio siga en él disfrutándolo y pagando los impuestos que pesan sobre la finca.

Como se vio al principio, el Tribunal previo análisis y examen detenido de los hechos que respaldan los indicios, aplicó los artículos 662 y 665 del C. Judicial; aplicación que queda en pie desde luego que no habiéndose demostrado error de derecho o de hecho manifiesto, no hace de recibo los cargos de la demanda de casación, lo cual determina que la sentencia acusada queda en firme.

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

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

Isaías Cepeda — José Miguel Arango.
 Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa
 Daza — Fulgencio Lequerica Vélez. —
 Hernán Salamanca — Pedro León Rincón,
 Srio. en ppad.

RECLAMACION SOBRE BALDIOS — COSTAS

En copiosa y constante jurisprudencia ha decidido la Corte, de manera irrevocable, que la condenación en costas es asunto que escapa a la casación, cuando ella se basa en la temeridad con que el litigante sostiene una acción o una excepción, porque lo temerario de una acción es cosa que aprecia el Tribunal con absoluta libertad.

Cuando la sentencia del Tribunal se casa íntegramente, la reemplaza la Corte y quedando todo el problema de la segunda instancia a su decisión, puede y debe conceptuarse si ha habido en ésta temeridad, y consiguientemente ha de pronunciar o no condenación en costas; pero no casándose, esa situación no se presenta.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, julio diez y ocho de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor José Miguel Arango).

Historia del litigio

En 24 de marzo de 1896 el Gobierno Nacional le adjudicó al señor Rodolfo Vélez, como cesionario de Lucas Quiroga, un globo de terreno situado en el municipio de Armenia, en el departamento de Caldas, conocido con el nombre de "La Argentina", por los linderos especificados en la diligencia de adjudicación.

El doctor Daniel Restrepo Escobar solicitó del Tribunal Superior de Pereira, que por sentencia definitiva se declarara que la hacienda "La Argentina" tenía una extensión mayor de la adjudicada por el go-

bierno nacional, existiendo en consecuencia un excedente de terreno en la adjudicación que se le hizo al señor Vélez, que debía volver al patrimonio de la Nación, y así lo declaró el Tribunal en sentencia de 10 de mayo de 1930.

Fundado en este fallo, el doctor Restrepo Escobar solicitó de la Gobernación del departamento de Caldas la adjudicación de ese exceso como terreno baldío. La gobernación tramitó la petición de acuerdo con las prescripciones administrativas, y en vista de la posición sobre mejor derecho a la adjudicación que hizo el señor Luis Arango C., remitió el expediente al Juez de Circuito de Armenia.

Arango C. formalizó su oposición y en consecuencia demandó a los señores Santiago Vélez y Restrepo Escobar para que se hicieran estas declaraciones:

a) Que el doctor Daniel Restrepo Escobar no tiene derecho a que se le adjudique como baldío el siguiente globo de terreno, ubicado en el corregimiento de La Tebaida del municipio de Armenia, Caldas, de unas 350 hectáreas de superficie, y alinderado como se expresa en esta petición.

b) Que es nulo el juicio y la respectiva sentencia en cuanto ella se refiere a mí como sucesor de los derechos de Jesús María Valencia R. y como colono después de la compra que a éste hice de los derechos que éste tenía en el terreno alinderado en el punto inmediatamente anterior, porque en ese juicio no fui parte y en terreno de que trata ese fallo tenía yo derechos; sentencia que lleva fecha 10 de marzo (sic) de 1930 y que obra en el expediente de baldíos de que trata esta oposición.

c) Que la resolución ejecutiva número 84 de 20 de julio de 1933, expedida en co-

pia por el Ministerio de Industrias y que acompaño, me da derecho preferente a cualquier otra persona a pedir la titulación del terreno que ocupo cultivado y alinderado en la primera parte petitoria de esta demanda y conserva toda su fuerza legal y se encuentra ajustado al derecho.

d) Subsidiariamente a las peticiones anteriores que se declare que tengo derecho a que se me paguen las mejoras puestas en dicho terreno y las que se me han destruido por orden del demandado Vélez A., sus mayordomos y administradores y que tendo derecho a la retención del terreno hasta que se me haga ese pago o se me asegure su importe; y

e) Que si los demandados se empeñan en sostener y contradecir esta acción deben ser condenados en las costas del juicio.

Sentencias

El Juez del conocimiento desató el pleito, en sentencia de 24 de abril de 1940 así:

"1. Declárase que el doctor Daniel Restrepo Escobar no tiene derecho a que se le adjudique como baldío el globo de terreno ubicado en el corregimiento de La Tebaida, en el municipio de Armenia (C.), demarcado por los linderos que expresa el punto a) del libelo de demanda;

2. No se hacen las declaraciones contenidas en los puntos b), c), d), de la demanda, por no haber fundamento legal para ello, y en consecuencia, se absuelve al demandado doctor Restrepo Escobar, de estos cargos;

3. El doctor Daniel Restrepo Escobar tiene mejor derecho a que se le adjudique de conformidad con el artículo 58 del Código Fiscal, los lotes alinderados por él y que figuran en carteles y otras piezas de este expediente remitidos al alcalde municipal de Armenia;

4. Notificada y ejecutoriada esta sentencia, vuelvan los autos a la gobernación de este departamento para los efectos de

los artículos 74 y siguientes del Código Fiscal;

5. Por ser temeraria la oposición presentada por el señor Luis Arango C., a la adjudicación pedida por el doctor Daniel Restrepo Escobar, se condena al señor Arango C. al pago de las costas; y

6. Decláranse probadas las excepciones de carencia de derecho y de acción, falta de interés serio y legítimo por parte del actor e ineptitud de la demanda, propuestas por el doctor Enrique López de la Paiva al contestar la demanda".

Apelado este fallo por el demandante, el Tribunal Superior de Pereira, en proveído de 20 de agosto del año pasado, decidió:

"1º Se revoca el punto primero de la sentencia de primera instancia, de fecha 24 de abril de 1939, pronunciada en este juicio por el señor Juez de Tierras de Pereira, y en su lugar se decide que no es el caso de hacer la declaratoria a que se refiere el punto a) de la demanda de oposición a la adjudicación solicitada por el doctor Daniel Restrepo Escobar.

2º Se confirma el punto segundo de la parte resolutive de la misma sentencia apelada, reformándolo en el sentido de que no se hace la declaración del punto b) de la demanda, porque lo que allí se solicita quedó excluido del debate por virtud de la sentencia que decidió el incidente de excepciones dilatorias.

3º Se confirma el punto tercero de la misma sentencia, con la adición que implica el siguiente enunciado: el doctor Daniel Restrepo Escobar tiene mejor derecho a la adjudicación de conformidad con el artículo 58 del Código Fiscal, de los siguientes lotes de terreno (los allí relacionados).

4: Se confirman los puntos cuarto y quinto de la sentencia apelada; y

5º No se hace ninguna declaración con relación a las excepciones perentorias propuestas en el escrito de contestación de la demanda, porque no se demostró la acción que el demandante tiene para ope-

nerse a la titulación solicitada por el demandado doctor Restrepo Escobar. Con costas de segunda instancia a cargo del demandante”.

El señor Arango interpuso recurso de casación que se admitió, y agotada como está la tramitación, la Corte pasa a decirlo.

Recurso de casación.

Fundamenta el recurso el señor Arango en un memorial dirigido a los magistrados de la Corte y presentado personalmente ante el Juez del Municipio de Armenia, en tiempo hábil, escrito perfectamente reñido con las disposiciones que reglamentan la demanda de casación, circunstancia que autorizaría, indudablemente, un rechazo del recurso, pero a pesar de ello, la Corte lo estudiará aplicando un amplio criterio liberal.

Dos motivos invoca el recurrente: El primero, por violación del artículo 58 del C. F. y 4º y 5º del decreto número 582 de 1916 dictado en desarrollo del artículo 58 invocado, y el segundo, por errores de hecho y de derecho en que incurrió el sentenciador al condenar al recurrente en las costas de la instancia en segundo grado.

Se estudiarán por su orden.

Primer motivo:

Las razones que invoca el recurrente para fundamentar este motivo, tendrán que transcribirse literalmente, porque su redacción, un tanto confusa, no permite hacer una síntesis clara de él. Dice así:

“Porque al no reconocérseme ningún derecho con fundamento en no estar mi globo de terreno comprendido en ninguno de los dos lotes pedidos en adjudicación por el doctor Restrepo Escobar, se incurrió en un error de apreciación, toda vez que mi oposición no puede suponerse contra esos dos cuerpos ciertos o determinados, sino dirigidos contra la manera o forma usada para localizar el exceso; y que, por tener el suscrito la calidad de colono, establecido dentro del globo en que

radica el exceso, vino la sentencia que lo declaró a constituir una situación en la que apenas es dable la ubicación del exceso en lo tocante a la mitad que corresponde gratuitamente al denunciante doctor Restrepo Escobar; pero en manera alguna podrá llegarse a la localización total sin antes excluirse la extensión superflua de mi globo”.

La Corte observa: Están plenamente acreditados en el proceso los siguientes hechos:

a) Que los globos de terreno que solicita en adjudicación el doctor Restrepo Escobar están comprendidos dentro de los linderos generales de la antigua hacienda “La Argentina”, que fue adjudicada a don Rodolfo Vélez;

b) que el lote de terreno a que se refiere el punto a) de la demanda del señor Arango, es distinto y está separado de los dos lotes de terreno cuya adjudicación solicita el doctor Restrepo Escobar, y que esos lotes no comprenden porción alguna del lote de terreno señalado en la primera petición de la demanda con la letra a);

c) que de acuerdo con la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, de 10 de mayo de 1930, dictada en el juicio que siguió la Nación contra don Santiago Vélez, tocaba al demandado Vélez señalar el lugar donde debe ser medido el exceso que vuelve a la Nación.

El cargo del recurrente parece que consiste en atacar la sentencia, por la manera como el ingeniero midió y localizó los lotes de terreno denunciados por el doctor Restrepo Escobar.

Nada más contrario a la evidencia y probanzas del proceso. Si existía una sentencia que le permitía al dueño de “La Argentina” señalar el lugar donde debía localizarse y medirse el exceso que volvía a poder de la Nación y no estando comprendido dentro de esa medición, ni en todo ni en parte, el lote sobre el cual pretende derechos el demandante Arango y determinado en la petición a) de su demanda, no se ve cómo pueda el Tribunal Superior incurrir en error de hecho y de derecho, al considerar que el demandante

no tiene razón para oponerse a la adjudicación y titulación del lote que pretende el doctor Restrepo Escobar. En consecuencia se desecha este cargo.

El segundo reparo consiste en que estando acreditado en el expediente que el lote del señor Arango, de que se pretende dueño, está entre los linderos generales de "La Argentina", ello es causa suficiente para no aceptar el procedimiento del agrimensor doctor Jesús María Jaramillo Vallejo, quien localizó el exceso en terrenos que no estaban ocupados por colonos, obediendo, dice el recurrente, a instrucciones de Restrepo Escobar y Vélez.

Nada tan inusitado como este reparo. Si por fallo ejecutoriado, el dueño de "La Argentina" tenía derecho de señalar dentro de su predio el lugar donde debían medirse y localizarse los excesos, él tenía perfecto derecho, no para insinuar, sino para ordenar al agrimensor que localizara el lote de excesos en el lugar que él señalara, tanto más cuanto que ese señalamiento no afectaba, ni siquiera en mínima parte, el lote sobre el cual cree tener derecho el demandante Arango.

La tercera objeción dice que el doctor Restrepo Escobar no puede pedir la adjudicación de esos lotes, si con ella se perjudica al demandante en su calidad de colono. También hay que rechazar este cargo. Demostrado está, que los lotes que se trata de adjudicar como baldíos a Restrepo Escobar no comprenden parte alguna del lote de Arango, ni éste tiene la condición de colono dentro del terreno cuya adjudicación solicita Restrepo Escobar.

El cuarto reparo tiene como finalidad demostrar que los lotes pedidos en adjudicación por Restrepo Escobar están poseídos por personas que los adquirieron por compra hecha al señor Vélez. Esta observación es completamente gratuita. En las explicaciones dadas por el ingeniero y en los datos y hechos que tuvo presente para levantar el plano, se constata que el excedente del terreno de "La Argentina" que volvió por reversión al

dominio de la Nación, y que solicita Restrepo Escobar se le adjudique, está situado en el extremo sureste de la citada hacienda, que es donde hay excesos de baldíos, y a donde no han entrado colonos. Esto basta y sobra para desvanecer el reparo.

Como quinta observación, dice el recurrente, que los bonos exhibidos por Restrepo Escobar para pretender la adjudicación de una mitad del exceso, no están debidamente cedidos o transferidos, como es de rigor para todos los efectos de comercio a la orden.

Este cargo es perfectamente extraño al debate. Es un medio nuevo, ya que ni en las instancias del juicio, ni en la demanda se planteó esta cuestión, ni los juzgadores de primera y segunda instancia dictaminaron sobre ella, y por tanto la Corte no tiene jurisdicción para conocer del asunto planteado por el recurrente.

No habiéndose demostrado los errores de hecho y de derecho que apunta el recurrente, consecuentemente no puede considerarse quebrantado el artículo 58 del Código Fiscal a consecuencia de ello.

Segundo motivo:

Considera el recurrente que la sentencia incurrió en error de hecho y de derecho, y en consecuencia violó el artículo 575 del Código Judicial por haberlo condenado en costas. Igualmente improcedente es este motivo de acusación. En copiosa y constante jurisprudencia la Corte ha decidido, de manera irrevocable, que la condenación en costas es asunto que escapa a la casación, cuando ella se basa en la temeridad con que el litigante sostiene una acción o una excepción, porque lo temerario de una acción es cosa que aprecia el Tribunal con absoluta libertad.

Cuando la sentencia del Tribunal se casa íntegramente, la reemplaza la Corte y, quedando todo el problema de la segunda instancia a su decisión, puede y debe conceptuarse si ha habido en ésta temeridad, y consiguientemente ha de pronunciar o no condenación en costas; pero

no casándose, esa situación no se presenta. Tal es el caso.

Por las razones expuestas la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley FALLA:

1. No se infirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Pereira de fecha veinte de agosto de mil novecientos cuarenta.

2. Condénase al recurrente en las costas del recurso.

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

Isaías Cepeda — José Miguel Arango.
Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppad.



ACCIONES DE NULIDAD ABSOLUTA DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA Y DE REIVINDICACION. — NULIDAD DECLARADA JUDICIALMENTE. — PRUEBA TESTIMONIAL SOBRE EL ESTADO MENTAL DE UNA PERSONA. — BUENA FE. — ERROR COMUN. — TEORÍA DE LA APARIENCIA.

1.—La nulidad absoluta, judicialmente decretada, no constituye título de dominio, ya que tal fenómeno sólo tiene como fin destruir y hacer desaparecer del todo una relación jurídica contractual que nació viciada por carecer de requisitos o formalidades esenciales. El título de dominio tiene que existir con anterioridad a la declaración de nulidad, a favor del que se considere dueño, ya que la nulidad judicial sólo se limita a dejar sin valor alguno el acto afectado de tal vicio y a restituir las cosas al estado anterior. — 2.—Si es evidente que el testigo debe siempre declarar sobre hechos precisos que caigan normalmente bajo el dominio de sus sentidos, también lo es que pueden ser materia de la propia y directa percepción del testigo los hechos indicativos del estado manifiesto de idiotismo, imbecilidad y reducción congénita de la capacidad intelectual que padezca una persona. Son signos externos y visibles síntomas elementales de un estado precario intelectual, susceptibles de conocimiento y percepción directa para el común de los seres. Es claro que la estimación del origen, grado y naturaleza del padecimiento o tara, su repercusión en las potencias intelectivas y volitivas del interdicto, su carácter de congénita, constitucional o adquirida, la fuente de donde provenga, etc., no pueden ser materia de la prueba testifical, que no tiene ni puede tener carácter conceptual. — 3.—La Sala de Casación Civil de la Corte ha reconocido y consagrado en numerosos fallos, con carácter doctrinario, la función creadora de derechos que tiene la buena fe. Bajo el imperio de reglas morales que deben presidir las relaciones contractuales ha convenido en que no puede tener carácter absoluto la vieja sentencia latina: "*nemo plus*

juris ad alium transferre potest quam ipse habet". Pero al sistematizar las diversas aplicaciones que pueda tener la teoría de la apariencia, como creadora de derechos, y en especial la fórmula del error común, "*error communis facit jus*", como excepción al principio jurídico antes citado, tuvo especial cuidado de estudiar los diversos elementos que debían allegarse para asignarle tan trascendental función convalidadora o creadora. En esas providencias se dijo expresamente que la máxima del error común no podía aplicarse como norma general en situaciones no previstas por los códigos, ni tampoco tenía actualidad en casos en que los sistemas oficiales de publicidad y de registro de los actos civiles eliminaran todo motivo de error para un hombre prudente, cuidadoso y diligente. Tratándose del caso de la capacidad aparente del sujeto de la relación jurídica convienen los más ilustres tratadistas de esta materia, como Gorphe, Mazzeaud y Alsina Atienza, que los principios del error común y en general de la teoría de la apariencia tienen un campo de acción y de experimentación bastante limitado. Se fundan en dos razones igualmente valederas, a saber: a) en que lo concerniente a la protección jurídica de los incapaces debe primar sobre la tutela y protección de los terceros de buena fe; y b) en que el error sobre la capacidad del sujeto no es invencible ni generalizado, sino excepcionalmente.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, julio diez y ocho de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez)

Antecedentes.

1º El señor José Ma. González vivió en el municipio de La Mesa y allí mismo murió. En su memoria testamentaria otorgada por medio de la escritura pública número 105, de 22 de abril de 1911, Notaría principal del circuito de Tequendama, instituyó como herederos universales a sus tres hijos ilegítimos Heliodoro, León y Juan González, y a su nieto ilegítimo Leocadio González.

2º En la misma memoria testamentaria nombró a su hijo Heliodoro González como curador de bienes de su nieto Leocadio, dejando algunas advertencias relativas a su guarda. El mencionado curador tomó posesión del cargo y lo ejerció hasta la mayoría de su pupilo.

3º Seguido el juicio de sucesión de José María González, se adjudicaron al menor Leocadio González algunos bienes raíces, tales como la casa de habitación de la hacienda denominada "El Payacal", construida de tapia y cubierta de teja de barro, con el área de terreno encerrado dentro de las corrales de piedra, con su cocina, hornilla, pesebrera y jardín; y un derecho proindiviso por valor de dos mil quinientos pesos (\$ 2,500.00), con cuatro mil seiscientos diez milésimos de peso, en la misma hacienda de "El Payacal", ubicada en jurisdicción del municipio de La Mesa, cuya alinderación general se hizo constar en la cartilla de hijuela otorgada al mencionado menor, protocolizada por medio de la escritura pública número 249, de 15 de septiembre de 1912, de la Notaría del Circuito de Tequendama.

4º Llegado a la mayor edad Leocadio González aparece vendiendo a su tío y excurador Heliodoro González, por medio de la escritura número 2118, de 18 de diciembre de 1919, de la Notaría 3ª de Bogotá, las dos propiedades raíces que anteriormente le fueron adjudicadas en la sucesión de su abuelo.

5º Verificada esta venta, los tres hijos de González se dividieron en forma extra-

judicial la hacienda de "El Payacal", por medio de la escritura número 291, de 10 de septiembre de 1925, de la Notaría de La Mesa. Conviene advertir que en esta partición privada se adjudicaron a Heliodoro González dos lotes de la referida hacienda: el que le correspondía a Leocadio González y que éste le había vendido anteriormente, y el que se le señaló al mismo Heliodoro por su derecho proindiviso como heredero de José María González.

6º Realizada esta partición, Heliodoro González vendió el lote de la hacienda mencionada que le fue adjudicado como comprador de Leocadio González, a Melania Muñoz de Sánchez y a Enrique Sanz Mazuera, por partes iguales. Estos adquirentes lo enajenaron a Bernardo González Bernal; éste permutó dicho lote por otra finca con Carlos Lozano; éste lo enajenó a Enrique Barbosa Méndez, y después de una serie de transferencias, vino el mencionado lote a parar a manos de Pedro Sánchez Barriga, actual poseedor. El último propietario Sánchez Barriga lo gravó con una hipoteca a favor de Santiago Roza, según aparece de la escritura número 2,100, de 10 de diciembre de 1929, otorgada en la Notaría quinta de Bogotá.

7º Como apareciera de manera notoria que Leocadio González nació con visibles taras físicas y psicológicas y su desarrollo mental fue muy deficiente, el Personero Municipal de La Mesa inició las correspondientes diligencias de interdicción judicial, y habiéndose demostrado que era un degenerado inferior o cretino, incapaz de todo acto de la vida civil, se dictó decreto de interdicción judicial, designándose al doctor Luis Salcedo como curador del interdicto, por auto del 20 de agosto de 1928.

Juicio ordinario

Por considerar el curador Salcedo que su pupilo Leocadio González adolecía de taras psicológicas que lo privaban de to-

da libertad y voluntad para obrar en la fecha en que vendió a su tío y ex-curador Heliodoro González el lote en la hacienda de "El Payacal" y la casa de la misma finca, actuando en nombre y representación del mencionado interdicto, inició este juicio ordinario contra Heliodoro González, como comprador, Pedro Sánchez Barriga, como actual poseedor, y Santiago Rozo, como acreedor hipotecario, para que con su citación y audiencia se hicieran estas declaraciones:

1º Que es nulo, de nulidad absoluta, el contrato de compraventa contenido en la escritura número 2,118 de 1919, que se le hizo otorgar a Leocadio González por su ex-curador testamentario Heliodoro González y por el cual enajenó a favor del mismo los bienes inmuebles que se le adjudicaron a su pupilo en la sucesión de su abuelo José María González; 2º Que como consecuencia de tal declaración se ordenen las cancelaciones tanto del mencionado instrumento público como de su inscripción en la Oficina de Registro de La Mesa; 3º Que se declare que el interdicto Leocadio González es dueño del lote de terreno que hizo parte de la antigua hacienda de "El Payacal"; 4º Que se declare que el interdicto Leocadio es dueño de la casa de habitación de la hacienda de "El Payacal"; 5º Que el demandado Pedro Sánchez Barriga, en su calidad de actual poseedor de la casa y terreno mencionados, está en la obligación de entregar a Leocadio los bienes ya indicados; 6º Que se condene a Heliodoro González a restituir a Leocadio los frutos naturales y civiles que haya producido el terreno materia de este juicio; 7º Que se ordene poner en conocimiento de quien corresponda los actos delictuosos que aparecen comprobados en este juicio; 8º Que se declare que es nula, de nulidad absoluta, la hipoteca constituida por Sánchez Barriga a favor de Rozo según la escritura número 2,100 de 1919; que se ordene la cancelación de dicha hipoteca y de su inscripción en las oficinas del Notario y Registrador respectivos; y como petición subsidiaria, que se condene a Sánchez Ba-

rriga a pagar los frutos de los bienes que se van a reivindicar, desde el día en que se notifique la demanda hasta aquél en que se verifique la entrega de las cosas.

El juez a quo dictó sentencia de primer grado, el 8 de abril de 1937, en la cual hizo todas las declaraciones que le fueron solicitadas en el libelo, menos la octava, en la cual se solicitaba la nulidad absoluta de la obligación hipotecaria sobre la precitada finca, constituida por Sánchez Barriga a favor de Rozo.

Estimó el juzgado de instancia que era procedente la acción de nulidad absoluta del contrato de compraventa de las mencionadas propiedades raíces, fundado en una abundante prueba testifical que de manera contexte evidenció que Leocadio era un degenerado mental inferior, incapaz para los negocios. También tuvo en cuenta como elemento fundamental probatorio el dictamen de los médicos legistas de la oficina central de Bogotá, quienes dictaminaron que Leocadio es un degenerado inferior, con su bocio prominente y que tiene las características típicas del imbécil; que dicho estado es congénital, y de acuerdo con tal degeneración constitucional sus facultades mentales han tenido un desarrollo muy incipiente, que lo hace absolutamente incapaz para cualesquiera de los actos de la vida civil.

Consideró que era viable la acción reivindicatoria de los mencionados bienes contra el actual poseedor Sánchez Barriga, fundado en el artículo 1,746 del C. C., que así lo consagra, y en el 1,748 que igualmente la concede contra terceros poseedores. Pero negó la acción de nulidad de la obligación hipotecaria, porque no se acompañó el respectivo instrumento notarial que la contenía, aunque por otra parte, la Corte Suprema ha interpretado las disposiciones civiles sobre el contrato de hipoteca en el sentido de que es nula la hipoteca sobre bienes ajenos y como tales debían considerarse los adquiridos por Sánchez Barriga.

La sentencia acusada

Ambas partes litigantes apelaron del anterior fallo para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien pronunció sentencia de segunda instancia fechada el 18 de junio de 1940, en la cual se confirma la providencia apelada en cuanto decretó la nulidad absoluta de la compraventa y la restitución de los bienes vendidos, con sus respectivas cancelaciones; y la reformó en lo referente a la negativa que hizo de la acción de nulidad del gravamen real que pesaba sobre esos bienes; haciendo en su lugar la declaración de que es nula, de nulidad absoluta, la hipoteca constituida por Pedro Sánchez Barriga a favor de Santiago Rozo, por medio de la escritura 2,100 de 1929. También declaró sin valor ni efecto el embargo decretado por el Juzgado 7° Civil de este Circuito en el juicio ejecutivo que se sigue para hacer efectiva tal obligación hipotecaria, en cuanto dice relación al inmueble de propiedad del interdicto.

Se acoge el Tribunal, más o menos, a las mismas razones jurídicas expuestas por el juez de primer grado para decretar la procedencia de las acciones de nulidad absoluta y reivindicatoria, ambas fundadas en la plena demostración que a su juicio existe en el proceso, de la incapacidad mental del vendedor Leocadio y a la falta de consentimiento que tuvo para celebrar la compraventa. También le asigna valor probatorio a la numerosa prueba testimonial, que depone en el sentido de que Leocadio vivió en la mayor indigencia y de la caridad pública después de celebrada la venta, lo que demuestra que no hubo pago real y efectivo del precio.

Para decretar la nulidad del contrato de hipoteca celebrado entre Sánchez Barriga y Rozo, se funda el Tribunal en que en la segunda instancia varió la situación procesal debido a que se trajo oportunamente el instrumento notarial que contenía dicho contrato. Y agrega el Tribunal que la declaración de nulidad absoluta de la primera compraventa produce el efecto

jurídico de que han de restituirse las cosas al estado anterior, y en consecuencia, han de resultar sin operancia los gravámenes que posteriormente se hubieran establecido sobre los mismos bienes.

El recurso

Se alzaron en casación contra la anterior sentencia del Tribunal los apoderados del último poseedor Sánchez Barriga y del acreedor hipotecario Santiago Rozo, acusándola por el motivo primero de los consagrados en el artículo 520 del C. J. Se pasan a estudiar por separado las dos acusaciones.

— A —

Recurso del último poseedor demandado Sánchez Barriga.

Primer cargo.—Violación de los artículos 485, 946 a 952, 1,746, 1,748 y 1,756 del C. C., por interpretación errónea, y otros errores en la estimación de las pruebas. Así divide este cargo:

I.—a) El Tribunal yerra de hecho y de derecho al aceptar como título para la reivindicación del lote poseído por Sánchez Barriga la escritura número 291 de 1925, por la cual se hizo la división material extrajudicial de la finca "El Payacal", entre los herederos de José María González.

b) Dice el Tribunal que "el actor aceptó esa división para reivindicar", y así reconoce el Tribunal que el curador del actor puede por sí solo ratificar o hacer válida la división material consagrada en la escritura número 291.

c) El Tribunal dice que "el título de dueño reivindicador se deriva de la nulidad absoluta de la venta", y tal nulidad no constituye nunca título de dominio, sino la destrucción del título de venta.

La Corte considera:

Hay efectivamente un error doctrinario del Tribunal en las declaraciones que hace en la sentencia y que aparecen transcritas anteriormente. Decretada la nulidad absoluta de la venta celebrada entre

Leocadio y Heliodoro, el modo de dónde deriva su dominio el actor interdicto viene a ser indudablemente la institución de heredero que le hizo su abuelo José María González, y el título, la cartilla de adjudicación que se le expidió en esa sucesión, en la cual se le adjudicaron tanto la casa como la cuota proindiviso de la finca "El Payacal", hijuela protocolizada por medio de la escritura número 249 de 1912. Le asiste razón al recurrente cuando sostiene que la nulidad absoluta, judicialmente decretada, no constituye título de dominio, ya que tal fenómeno sólo tiene como finalidad destruir y hacer desaparecer del todo una relación jurídica contractual, que nació viciada por carecer de requisitos o formalidades esenciales. El título de dominio tiene que existir con anterioridad a la declaración de nulidad, a favor del que se considere dueño, ya que la nulidad judicial sólo se limita a dejar sin valor alguno el acto afectado de tal vicio y a restituir las cosas al estado anterior.

Pero en el caso de autos tal equivocación de doctrina no influye para nada en los resultados de este recurso, ni alcanza a destruir los soportes fundamentales del fallo acusado, porque si la declaración de nulidad no es el título de dominio que autoriza a Leocadio para reivindicar los bienes de manos del demandado Sánchez Barriga, si es el medio jurídico operante para obtener la restitución de los bienes, por ministerio del artículo 1,746 del C. C., que dispone restituir las cosas al estado en que se hallarían si no hubiera existido el acto o contrato nulo. Por lo demás, si es modo y título suficiente para alcanzar ese resultado la institución de heredero y la adjudicación que se le hizo en la hijuela de la mencionada sucesión. No es, por lo tanto, el caso de infirmar el fallo acusado y de declarar la improcedencia de la acción reivindicatoria.

En cuanto al primer reparo, también es indudable que a Leocadio se le adjudicó un derecho o cuota proindiviso en la finca y que fue un acto posterior del comprador Heliodoro lo que convirtió tal de-

recho en un lote preciso, determinado y cierto, en virtud de la división material del inmueble.

Conviene advertir ahora que esta partición no ha sido materia del juicio y, por el contrario, el demandante la acoge entre los fundamentos de sus peticiones. Además, es bien sabido que al realizarse la partición, el derecho proindiviso queda convertido en el cuerpo cierto que se adjudique a su titular para cubrirle aquél y esto fue lo ocurrido en el caso de autos. No vale decir que esta conversión tuvo lugar por obra del comprador Heliodoro y sin intervención del vendedor Leocadio, puesto que como acaba de recordarse, éste la acepta. La partición es un hecho consumado, debidamente acreditado en el proceso y sobre el cual, por lo mismo, no puede pasar el sentenciador, a quien por otra parte, repítese, no se le ha sometido al respecto cuestión o controversia alguna.

II.—Violación de los artículos 669, 673, 740, 741 y 745 del C. C., por indebida aplicación.

Dice el recurrente que al despachar la acción de dominio entendió el Tribunal que el cuerpo cierto poseído por Sánchez Barriga perteneció al actor, pero que no hay prueba de que éste lo haya adquirido por un modo o título legal.

Ya en la exposición anterior se evidenció que esta acusación es infundada, porque la parte actora sí demostró que está investida del dominio; de ahí que la Corte debe limitarse, en casación, a rectificar la doctrina equivocada sobre cuál es el título de donde lo deriva. Por esa circunstancia no es necesario repetir aquí los razonamientos que ya se hicieron para demostrar que el actor sí tiene título de dominio suficiente para reivindicar del actual poseedor Sánchez Barriga.

De manera que el cargo, en su doble forma acusatoria, es inoperante, porque el actor sí podía aceptar el hecho cumplido de la división para singularizar su cuota de dominio en la finca "El Payacal". Se rechaza el cargo.

Segundo cargo.—Errores de apreciación de la prueba de la enfermedad mental de Leocadio González, con violación de los artículos 593, 597, 598, 668, 705, 706, 715 y 724 del C. J.; 553, 1,502, 1,503 y 1,741 del C. C.; 8º de la Ley 53 de 1914 y 8º de la Ley 95 de 1890.

Dice el Tribunal que con declaraciones de testigos se acreditó que Leocadio es mentalmente incapaz; transcribe luego el informe de los médicos legistas de Bogotá y añade que esos elementos constituyen prueba plena de tal incapacidad. Sostiene el recurrente que tal estimación adolece de errores, porque la prueba testimonial sólo puede versar sobre hechos y el estado mental y libertad moral no es un hecho; por lo cual no es admisible la prueba testimonial, según el artículo 668 del C. J.

Agrega el recurrente que el informe médico-legal fue un elemento probatorio traído al juicio extemporáneamente, y siempre que fuera del término probatorio se aduce una prueba, el juez no puede apreciarla y fundar en ella su sentencia.

Se considera:

El Tribunal no ha pretendido sostener en su fallo que el estado psíquico y mental del interdicto y su incapacidad para celebrar los actos de la vida civil aparezcan demostrados de manera plena y exclusiva con los numerosos testimonios contextes recogidos en este proceso. Se limita a valorar la prueba testifical en lo relativo a las manifestaciones externas de imbecilidad e idiotismo que presenta Leocadio, pero relacionándola con la prueba real y científica, esa sí pertinente, del experticio rendido por los médicos legistas como peritos oficiales, la que se completa y refuerza con aquélla. Dentro de esa órbita relativa y limitada de valoración procesal es inobjetable la apreciación del Tribunal, porque si es evidente que el testigo debe siempre declarar sobre hechos precisos que caigan normalmente bajo el dominio de sus sentidos, también lo es que pueden ser materia de la propia y directa percepción del testigo los hechos indicativos del estado manifiesto de idiotis-

mo, imbecilidad y reducción congénita de la capacidad intelectual que padezca una persona. Son signos externos y visibles, síntomas elementales de un estado precario intelectual, susceptibles de conocimiento y percepción directa para el común de los seres.

Ahora bien, es claro que la estimación del origen, grado y naturaleza del padecimiento o tara, su repercusión en las potencias intelectivas y volitivas del interdicto, su carácter de congénita, constitucional o adquirida, la fuente de donde provenga, etc., no pueden ser materia de la prueba testifical, que no tiene ni puede tener carácter conceptual. Todas estas circunstancias e informaciones de orden científico las extrajo el Tribunal de la prueba pericial rendida por peritos oficiales, quienes expusieron que Leocadio era un degenerado inferior, con su bocio prominente y caracteres del tipo del imbécil; agregando que su degeneración era congénita, su desarrollo mental incipiente, por lo cual conceptuaban que siendo constitucional esa tara era absolutamente incapaz para prestar su consentimiento el día 18 de diciembre de 1919, para todo acto de la vida civil. Esta fecha fue la de la celebración de la compraventa con su ex-curador Heliodoro González, y esta prueba, unida a la testimonial, produjo la convicción plena y judicial del juzgador de segundo grado, por tratarse de elementos a los que la ley les otorga ese carácter.

Tampoco resulta comprobado, como lo pretende el recurrente, que la prueba pericial se hubiera practicado extemporáneamente. El reconocimiento y examen del interdicto se solicitó y ordenó con toda oportunidad, dentro de los términos señalados. Lo ocurrido fue que en la ciudad de La Mesa se carecía de peritos expertos en psiquiatría y esto obligó a la parte actora y solicitante a pedir que tal experticio, oportunamente decretado en autos, se practicara, con vista de esa circunstancia, por los médicos legistas de Bogotá. Así lo ordenó el juzgado de instancia el 17 de octubre de 1936, librándose el despacho

número 106, que fue debidamente evacuado por los médicos legistas. Esta providencia fue consentida por el recurrente y quedó ejecutoriada y cumplida. De modo que resulta ahora extemporáneo e infundado su reclamo acusatorio, fuera de que constituye un medio nuevo en casación, no discutido en las instancias e inaceptable en esta clase de recursos.

No es fundado este cargo. Se rechaza.

Tercer cargo. — Aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 1748, 2637, 2640 y 2674 del C. C.

Hace el recurrente, para fundar este cargo, una larga y erudita exposición sobre el fundamento jurídico y moral de la función convalidadora de la buena fe en las relaciones contractuales, para concluir que en este caso de autos protege al último poseedor inscrito de los bienes reivindicados la máxima del error común, *error communis facit jus*. Cita y transcribe numerosas sentencias de esta Sala de Casación que la aceptan y aplican para casos que pretende semejantes al de este proceso. Considera que este caso está comprendido entre los numerosos en que nuestra ley civil tiene en cuenta la buena fe para garantizar los derechos de terceros, cuando éstos no estaban en condiciones de conocer la realidad, por no existir medios adecuados de publicidad para informarse. Sostiene que Sánchez Barriga fue víctima de un error invencible y que precisamente una de las excepciones legales consagradas por el artículo 1748 del C. C. para enervar la acción reivindicatoria es ésta del error común creador de derechos por el hecho mismo.

La Corte considera:

Es evidente que esta Sala ha reconocido y consagrado en numerosos fallos, con carácter doctrinario, la función creadora de derechos que tiene la buena fe. Bajo el imperio de reglas morales que deben presidir las relaciones contractuales ha convenido en que no puede tener carácter absoluto la vieja sentencia latina: "*nemo*

plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet". Pero al sistematizar las diversas aplicaciones que pueda tener la teoría de la apariencia, como creadora de derechos, y en especial la fórmula del error común, "*error communis facit jus*", como excepción al principio jurídico antes citado, tuvo especial cuidado de estudiar los diversos elementos que debían allegarse para asignarle tan trascendental función convalidadora o creadora. En esas providencias se dijo expresamente que la máxima del error común no podía aplicarse como norma general en situaciones no previstas por los códigos, ni tampoco tenía actualidad en casos en que los sistemas oficiales de publicidad y de registro de los actos civiles eliminaran todo motivo de error para un hombre prudente, cuidadoso y diligente.

Tratándose del caso de la capacidad aparente del sujeto de la relación jurídica, convienen los más ilustres tratadistas de esta materia, como Gorphe, Mazzeaud y Alsina Atienza, que los principios del error común y en general de la teoría de la apariencia tienen un campo de acción y de experimentación bastante limitado. Se fundan en dos razones igualmente valederas, a saber: a) en que lo concerniente a la protección jurídica de los incapaces debe primar sobre la tutela y protección de los terceros de buena fe; y b) en que el error sobre la capacidad del sujeto no es invencible ni generalizado, sino excepcionalmente.

Fundada en tales principios incontrovertibles la Corte, en sentencia de casación de 23 de junio de 1939, al querer sintetizar en fórmulas de mayor precisión la doctrina de la buena fe, en cuanto a la capacidad de las partes, expuso lo siguiente:

"Para que la máxima del error común tenga su aplicación y establezca una restricción o limitación al principio latino '*nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*', se requiere la existencia de dos elementos, a saber: a) que

se trate de un error generalizado y por tanto común y colectivo para el medio social en que se opera; y b) que tal error haya sido invencible, en términos que el hombre más prudente, avisado y diligente, lo hubiera cometido". (G. J. número 1948, página 282).

Si se pretendiera hacer una aplicación de tales principios al caso de autos, fácil es llegar a la conclusión de que el recurrente, como último poseedor de los bienes reivindicados, no podía padecer de un error invencible respecto del estado mental de Leocadio, en términos que el hombre más prudente, avisado y diligente lo hubiera cometido en caso semejante. Era un hecho público y notorio en La Mesa que el interdicto mencionado padecía de imbecilidad e idiotismo, y así lo testifican numerosos testigos en este proceso. Al estudiar las anteriores transmisiones del dominio de los inmuebles que adquiría estuvo en condiciones de poder estudiar las circunstancias y factores que concurrieron en la venta realizada por Leocadio a Heliodoro, apenas diez años anterior a la que iba a realizar; y no podía ignorar, por tratarse de ignorancia invencible, lo que todos en la región de la ubicación de los bienes conocían, o sea, el estado mental de incapacidad de que adolecía el vendedor Leocadio en 1919. De manera que, lejos de estarse en presencia de un caso de error generalizado y, por lo tanto, común y colectivo para el medio social en que se opera, que justificara la aplicación de la fórmula del error comúnis, se enjuicia el caso contrario de un sujeto que no podía considerarse como aparentemente capaz, porque eran claras y evidentes las taras psíquicas de que padecía. Es este un caso en que se impone al juzgador darle primacía a la regla moral que otorga preferente protección jurídica a los incapaces, sobre la otra que ofrece una tutela de la misma índole a los terceros de buena fe.

No es operante en el caso del pleito la circunstancia que se alega para pretender exceptuarlo de la restitución. Se rechaza por las razones expuestas.

— B —

Recurso del acreedor hipotecario Santiago Rozo.

En los capítulos 1º, 2º, 3º y 4º presenta este recurrente los primeros cargos contra el fallo acusado en casación, y los hace consistir en las consideraciones que pasan a extractarse: a) Sánchez Barriga está investido del dominio de "El Payacal" y tiene la posesión inscrita de ese derecho, porque no ha sido cancelada aquella inscripción y la sentencia recurrida no ha decretado su cancelación, de suerte que la acción de dominio no puede prosperar, por tener un título inscrito que no ha sido cancelado; b) Si Sánchez Barriga es dueño titular, porque el registro de su título está vivo, la hipoteca a favor de Rozo está vigente y no puede ser declarada nula mientras el título de Sánchez tenga existencia legal; c) Dice la sentencia que en la partición de "El Payacal" se le había adjudicado a Heliodoro un lote que comprendía tanto el derecho del mismo Heliodoro como el comprado a Leocadio, debiendo subsistir la hipoteca "en cuanto no grava la propiedad de Leocadio". Como la sentencia declaró nula la hipoteca sin salvedad alguna y sin hacer la distinción reconocida en ella, hay una incongruencia entre lo conceptuado por el Tribunal y lo fallado.

Concluye que hay error de hecho en la apreciación de la inspección ocular, de la escritura número 922 de 1929, y de la escritura de partición de la finca, número 291 de 1925. Por ese concepto la sentencia violó, por interpretación errónea, los artículos 669, 756, 762, 946, 950, 952, 2439 y 2443 del C. C.

La Corte considera:

La sentencia que se revisa confirmó la de primer grado, que declaró en sus puntos 3º y 4º de la parte resolutive, que el interdicto Leocadio es dueño tanto del terreno en que por división material quedó convertido su derecho proindiviso, como de la casa de habitación de "El Payacal". En el punto 5º condenó a Sánchez

Barriga, en su calidad de actual poseedor, a entregar al interdicto los mencionados bienes, con sus mejoras y anexidades. Pero omitió indudablemente disponer, como consecuencia de las anteriores declaraciones, que se procediera a hacer la anotación del caso al margen de la matriz de la escritura número 922 de 1929, lo mismo que la cancelación de su inscripción en la Oficina de Registro, para que de esa manera quedara sin valor ni efecto la susodicha compraventa y resultara vigente únicamente el instrumento y la inscripción a favor de Leocadio.

Tal omisión en nada resta mérito ni operancia a las consideraciones antes expuestas respecto de la nulidad del contrato de venta entre Heliodoro y Leocadio y a la subsiguiente restitución de los bienes que se pretendió vender. Reconocido el dominio de Leocadio en los puntos 3º y 4º, la consecuencia lógica era dejar sin ningún efecto jurídico el contrato de venta celebrado por Sánchez Barriga, en virtud de lo preceptuado en los artículos 1746 y 1748 del C. C.

Es jurídico, por lo expuesto, este cargo de omisión, y será necesario casar parcialmente la sentencia, con el objeto de adicionar los puntos precitados en el sentido de ordenar la anotación notarial del instrumento de venta a favor de Sánchez Barriga y la cancelación de su inscripción.

Resulta igualmente comprobado que en la sentencia acusada incurrió el Tribunal en un error de hecho manifiesto en la estimación de la escritura de partición material, número 291 de 1925, cuando en la motivación pertinente dijo: "Resulta en efecto que Heliodoro González unió a su propio haber el terreno comprado a Leocadio, es decir, formó de ambos lotes, de ambas propiedades, una sola finca y esa fue la que transmitió a Enrique Sanz Mazuera y a Melania Muñoz y es la que hoy posee el doctor Sánchez Barriga; en esas condiciones la hipoteca debe subsistir, claro está, en cuanto no grava el derecho de propiedad de Leocadio, o sea, el terreno que éste adquirió en la sucesión de su

abuelo, el mismo que dijo vender a su excurador". Basta leer dicho instrumento número 291 para cerciorarse de que en la partición de "El Payacal" se le adjudicaron a Heliodoro dos lotes distintos y separados: uno correspondiente a su propia cuota herencial y otro como causahabiente de la cuota proindiviso que le pertenecía a su vendedor Leocadio. El lote vendido posteriormente por Heliodoro a Sanz Mazuera y que fue a parar a manos de Sánchez Barriga por varias ventas sucesivas, fue única y exclusivamente el correspondiente a Leocadio, pero no el que se le adjudicó a Heliodoro por cuenta de su haber hereditario. Ese mismo lote es el único que aparece luego hipotecado a Rozo por Sánchez Barriga. De manera que no tiene fundamento alguno la distinción que pretende hacer la sentencia respecto de la validez de una parte de la hipoteca, que dice debe continuar vigente en lo atañadero al lote de propiedad de Heliodoro, lote que no está comprendido en la escritura de hipoteca. Tal error de hecho manifiesto en la estimación de las escrituras números 291 de 1925, 922 de 1929 y 2100 de 1929 impone la necesidad de casar parcialmente la sentencia, también por este nuevo aspecto, con el objeto de rectificar el punto pertinente de la parte resolutive. Quedan en pie y en todo su valor los demás soportes de dicho fallo.

Sostiene el recurrente en el capítulo 5º que la sentencia se halla ejecutoriada en cuanto se refiere al acreedor Santiago Rozo, ejecutoria que el mismo Tribunal decretó por no haber suministrado papel el apelante Rozo; y como éste fue absuelto en la sentencia de primera instancia, se verificó la ejecutoria de su absolución y quedó en firme su crédito hipotecario. Hay cosa juzgada y la sentencia es violatoria de los artículos 468, 473 y 510 del C. J.

La Corte halla injurídica esa conclusión del acreedor recurrente por las dos razones que someramente se pasan a exponer, a saber: 1º porque la sentencia fue declarada ejecutoriada solamente en lo

que se refiere a Rozo y en aquello que le perjudica, por no haber suministrado oportunamente el papel para la actuación, pero queda en pie todo aquello que lo beneficia, y ese es precisamente el caso de autos, en el que se negó en el primer grado la nulidad absoluta de la hipoteca constituida a su favor; y 2ª porque el curador del actor interdicto apeló oportunamente de la sentencia de primera instancia, en todo aquello que le fuera desfavorable y le fue concedido tal recurso. De modo que como suplicó en el libelo la nulidad de la hipoteca, y este pedimento le fue negado, tal cuestión relativa a la nulidad del gravamen hacía parte de la causa petendi y estaba sub-judice, en virtud de la apelación que le había sido concedida. Tenía pleno derecho para que se revisara el fallo en esa negativa, sin que para nada limitara ese derecho propio procesal la ejecutoria declarada respecto del acreedor hipotecario Rozo.

No es fundado el cargo. Se rechaza.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día diez y ocho de junio de mil novecientos cuarenta, con el exclusivo objeto de modificarla en la forma siguiente:

a) Adiciónase la declaración que se hace en el punto quinto de la sentencia de primer grado, en el sentido de disponer la anotación del caso al margen de la matriz de la escritura pública número novecientos veintidós (922) de veinticinco de mayo de mil novecientos veintinueve, Notaría quinta de Bogotá, y la cancelación de su inscripción en la Oficina de

Registro del Circuito de La Mesa, hecha el veintitrés de julio de ese año, página doscientos noventa y uno (291) y número doscientos cuarenta y seis (246). Líbrense las comunicaciones de rigor a las oficinas antes mencionadas, por el juzgado de instancia.

b) Refórmase la declaración de nulidad absoluta de la hipoteca constituida por medio de la escritura pública número dos mil ciento (2100) de diez de diciembre de mil novecientos veintinueve, Notaría 5ª de Bogotá, que queda así:

Es nula, de nulidad absoluta, la hipoteca constituida por Pedro Sánchez Barriga a favor del señor Santiago Rozo por medio de la escritura número dos mil ciento (2100), de diez de diciembre de mil novecientos veintinueve, pasada en la Notaría Quinta de Bogotá, para garantizar un préstamo de cinco mil pesos. Como consecuencia, cancélense dicho gravamen y su inscripción en la Oficina de Registro de La Mesa. Líbrense las comunicaciones del caso al Notario quinto de Bogotá y al Registrador de La Mesa, por el Juzgado de instancia.

Quedan en pie las demás declaraciones de la parte resolutive de la sentencia acusada.

No hay lugar a condenación en costas en este recurso.

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

Isaías Cepeda — José Miguel Arango.
Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppad.

ACCION DE NULIDAD DE UNA SOCIEDAD. — REGISTRO DE LA
ESCRITURA SOBRE AUMENTO DEL CAPITAL SOCIAL.

Es necesaria la solemnidad de la inscripción en el registro de toda escritura por la cual se aumenta el capital social.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil. — Bogotá, diez y ocho de julio de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo
Hinestrosa Daza)

El doctor Carlos Julio García en nombre propio y como apoderado de los señores Sinibaldo Laverde, Alejandro Duarte y José María González Obregón, instauró en el Juzgado Civil del Circuito de Chocontá demanda ordinaria contra los señores Antonio María Sánchez, Buenaventura Calderón y Emilio Ramírez a fin de que se declare nula la Compañía o Empresa Molinera de Santa Rita, sociedad comercial anónima organizada por éstos en la escritura N° 786 de la Notaría de ese Circuito, el 24 de diciembre de 1927, y de que, así, no siendo aquélla una sociedad regular de derecho sino de hecho entre quienes dijeron constituirla, se condene a éstos, que son los tres demandados, a responder solidariamente a los demandantes, como terceros, por las operaciones que en nombre y utilidad de esa compañía verificaron aquéllos con éstos, cuya condenación en costas también se demanda.

Entre los hechos fundamentales, a más de otros que se irán citando en su sitio en el curso de esta sentencia, aduce el libelo la falta de publicación del extracto de dicha escritura y la falta de su registro en la oportunidad legal, invocando al efecto los artículos 469 y 471 del C. Co.,

que ordenan esa publicación y este registro dentro de los quince días inmediatos al de la escritura, así como el 472 que sanciona la falta con la nulidad tratándose de sociedades colectivas y el 551 que hace extensiva esta sanción, en su caso, a las anónimas.

El Juzgado, previa la tramitación de la instancia, falló el 16 de marzo de 1938 haciendo todas las declaraciones demandadas. Por apelación de Calderón y Sánchez se sustanció la segunda instancia en el Tribunal Superior de Bogotá, quien la falló revocando aquel fallo y negando todas las peticiones del libelo, en sentencia de 24 de septiembre de 1940, contra la cual interpuso casación la parte demandante. Concedido, admitido y tramitado debidamente, se procede a fallar el recurso.

Entre los hechos fundamentales cuya cita se anunció ya, se hallan estos: los socios fundadores determinaron elevar el capital social de sus \$ 30.000 iniciales a \$ 70.000, mediante el lanzamiento al mercado de cuatrocientas acciones de a \$ 100 y a tal fin otorgaron la escritura número 464 en la Notaría de Chocontá el 1° de septiembre de 1928; de esas acciones vendieron: al Dr. García, veinte (\$ 2.000); a Sinibaldo Laverde, catorce (\$ 1.400); a Alejandro Duarte, diez (\$ 1.000), y a Juan Calderón, quien las transpasó al demandante González, diez (\$ 1.000). Y en el juicio ordinario del doctor García contra esa sociedad, fallaron por dicho Juzgado en sentencia de 10 de noviembre de 1932 que se declaró ejecutoriada, se declaró nula esta escritura de 1928 y nulo el aumento de capital en ella decretado y la disposición de vender las acciones correspondientes.

Copia de esta sentencia se acompañó a la demanda del presente juicio con el fin de acreditar los demandantes su calidad de terceros con que formulan su demanda. Pero, si bien el Juzgado se la reconoció y sobre este pie entró a estudiar y decretó las peticiones antedichas, el Tribunal las negó absteniéndose de entrar en el fondo, por no aparecer registrada aquella sentencia, lo que significa que no está destruida en este proceso la escritura citada de 1928 ni, por lo tanto, la calidad de accionistas de los demandantes a quienes, así las cosas, no puede asistirles la acción que ejercitan como terceros y que en realidad sólo a éstos concede la ley.

La demanda de casación formula varios cargos, entre ellos ante todo el relativo a la apreciación de la sentencia antedicha de 10 de noviembre de 1932, al error que el recurrente halla en haberse dejado de tomar en consideración su referida copia y a la consiguiente violación de las pertinentes disposiciones sustantivas.

En verdad el concepto sobre este tema es la clave del pleito y muy señaladamente del recurso, al punto de que sólo habrá lugar a estudiar el fondo y, dentro del recurso, los cargos restantes, en cuanto aquél prospere, siendo así que por su trascendencia llega a decidir de si los demandantes tienen o no personería para serlo, esto es, si les asisten o no las acciones por ellos ejercitadas.

Sólo respondiendo afirmativamente esa cuestión será como puede y debe estudiarse si los demandantes han comprobado ser acreedores por virtud del pago que dicen haber hecho de las acciones mencionadas; si entre sus consiguientes derechos figura el de demandar la nulidad de la sociedad misma o si de las varias consecuencias legales producidas por no haberse registrado en oportunidad ni publicado el extracto de esa sociedad, les bastan las conducentes a su reembolso con independencia de que la compañía sobreviva o se anule; si han comprobado que los demandados se hallen dentro de las circunstancias previstas por el inciso 2º

del artículo 567 del C. Co., y si es o no oponible para el crédito de García como excepción de cosa juzgada la circunstancia de haberse condenado a este pago la compañía misma en la dicha sentencia de 1932.

Estas interrogaciones no pueden afrontarse como eficazmente formuladas por los actores, sino en cuanto se les considere como terceros, porque así se presentan y sólo así pueden demandar como lo han hecho; de suerte que si, por prevalecer el referido concepto del Tribunal, no se les puede tener como terceros, ni lugar habrá, en fuerza de lo antedicho sobre personería, a considerar ni esos problemas ni los aludidos restantes cargos en casación.

Y acontece que ese concepto del Tribunal es el impuesto por las disposiciones legales pertinentes, que en suma son estas del C. Civil: el artículo 2652 que sujeta al registro "toda sentencia definitiva ejecutoriada que recayere en negocios civiles" y el 2673, conforme al cual "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..."

Como ya se dijo, para despojarse de su calidad de accionistas y asumir la de terceros con que se presentan a ejercitar acciones que sólo a éstos da la ley, los demandantes adujeron la sentencia referida de 1932 que anula lo tocante a aumento de capital, emisión y venta de acciones, etc., y la copia no contiene indicación alguna sobre registro; en otras palabras, no aparece que esa sentencia fuera registrada. De ahí que el Tribunal se abstuviese de tomarla en consideración como prueba en el presente juicio. Con esto obedeció las disposiciones que acaban de citarse y, en lo pertinente, transcribirse.

Esta sencilla reflexión basta para justificar tal proceder y, por ende, para rechazar el cargo que se formula en casación como primero de todos, según se ha visto.

El recurrente invoca la doctrina que sentó esta Sala en fallo de 15 de febrero de 1940 (G. J. Tomo XLIX, páginas 95 a 104).

Pero, como acertadamente advirtió el Tribunal en su fallo de estudio, las diferencias de casos hacen inaplicable esa doctrina aquí. En efecto, allá se trataba, no simplemente de la prueba de un hecho, sino ante todo de la fuerza de la cosa juzgada entre las partes, por lo cual se halló que del imperio que ella tiene para éstas, no pueden escapar a pretexto de que en un momento dado falte la comprobación de su registro, el que es un requisito respecto del cual aquel imperio es independiente. La sentencia de 1932 tantas veces aquí citada puso fin a un juicio en que fueron partes, de un lado como demandante el doctor García, y de otro lado como demandada la sociedad anónima, de manera que el actual demandado Ramírez no figuró en ese litigio en nombre propio sino en su calidad de Gerente; ni la persona de él, ni Sánchez, ni Calderón fueron, pues, parte en ese juicio. Ante los artículos 473 y 474 del C. J. bien se echa de ver hasta dónde va la dicha diferencia de casos. Y aunque ella bastaría, no sobra añadir, como lo hace al respecto el Tribunal, que, si bien no se trata del dominio de inmuebles, no es menos necesaria como solemnidad la inscripción en el registro de lo que, sea escritura pública, sea sentencia ejecutoriada, constituye reforma de una sociedad, como lo es, v. gr., el aumento de su capital, ya porque se decreta, ya porque se invalide su decreto.

Con el fin de demostrar que sí se procedió al registro y que éste fue anterior

a la demanda de esta causa, el recurrente acompaña a su alegato de casación un certificado del Registrador de Chocontá en que consta que la referida sentencia de 10 de noviembre de 1932, cuya ejecutoria se notificó el 28 de febrero de 1933, se inscribió en su oficina en el libro correspondiente el 15 de mayo de este año (1933). La forma y ocasión en que viene al proceso este elemento probatorio le impiden a la Corte estimarlo, dado el art. 597 del C. J.

Si, pues, no es posible considerar a los demandantes como terceros y si ésta es la calidad con que se presentan y de la que derivan sus acciones, no hay lugar, repítese, a considerar los cargos restantes, cuya procedencia y pertinencia requieren ese elemento y base esencial.

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 veinticuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta.

Sin costas por no aparecer que se hayan causado.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Isafas Cepeda — José Miguel Arango.
 Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca — Pedro León Rincón,
 Srio. en ppad.

ACCION DE PERJUICIOS — SENTENCIA

1. El conocimiento personal que privadamente tenga de un hecho el sentenciador no puede suplir la demostración del mismo hecho según la ley. Las partes singularizan en cada pleito las cuestiones de su interés personal cuya decisión someten al Juez, y es ésta lo que las vincula y lo que buscan como fin de su litigio, no las consideraciones y apreciaciones que hayan conducido al juzgador a pronunciarla. Los particulares no están obligados a suscribir o afrontar discusiones académicas y así, el que ha ganado un pleito porque la sentencia le concede cuanto pidió o porque lo absuelve de todos los cargos de la demanda, mal haría en apelar en razón de que la opinión del sentenciador expuesta en la parte motiva no es precisamente la de ese litigante sobre los hechos o el derecho o porque sus conceptos o palabras desagraden a ese litigante por razones sentimentales o de cualquiera otro orden. Lo favorable o desfavorable de una providencia, a que mira el artículo 494 del C. J., está en lo que concede, niega u ordena, esto es, en su parte resolutive. Cuando el demandado es condenado en menos de lo pedido y el demandante apela en la mira de completar sus aspiraciones, es claro que el demandado, si por su lado aspira a que se le descargue de aquella condena parcial, debe apelar también, y que, si no apela, en esta parte su condena queda en firme, como no podría extenderla el superior si el demandante no apelara.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Para la audiencia pública de 1º de los corrientes el Magistrado sustanciador, de acuerdo con los artículos 534 y 761 del C. J., presentó el informe que se transcribe en seguida como relación de los antecedentes y resumen de los cargos formulados en la demanda de casación.

Dice “La señora Maximina Henríquez viuda de Benítez demandó en vía ordinaria a la sociedad inglesa denominada The Santa Marta Railway Company, Limited, a fin de que se la condenase a pagarle los perjuicios causados por el incendio que determinaron las chispas de una locomotora de esa empresa; el Juzgado 1º del Circuito de Santa Marta absolvió a la Compañía acogiendo su excepción de prescripción y el Tribunal llegó también a fallo absolutorio, aunque por motivo distinto, cual fue el de hallar probada la excepción de ilegitimidad de la persona.

“El recurso de casación interpuesto por la actora se ha tramitado debidamente con intervención de apoderados de ambas partes. El de la opositora solicitó audiencia pública.

“No puede pasarse en silencio la extraordinaria lentitud con que ha marchado esta causa en que largos períodos de abandono han alternado con otros de actividad al parecer encaminada más que a adelantar la actuación, a entorpecerla o retrotraerla. Ocurrido el incendio en diciembre de 1914, la demanda se instauró en 1925; y en cuanto a tramitación, a

grandes rasgos las siguientes fechas dan idea de lo antedicho sobre enrevesadas gestiones y sobre negligencia: aquélla se notificó el 29 de abril de 1925 y la oportunidad de responderla no llegó hasta el 17 de octubre de 1930. La sentencia del Juzgado es de 29 de abril de 1932 y la del Tribunal, de 23 de agosto de 1933. Concedido el recurso de casación el 14 de diciembre del mismo año, aunque aparece el expediente enviado el subsiguiente enero, a la Corte no llegó hasta el 10 de febrero de 1941, y aquí se repartió el 15 de marzo de este año, porque la víspera se suministró el papel necesario al efecto.

“La demandante aduce estos tres hechos como fundamentales: 1º En 1914 estaba establecida en Orihueca, donde tenía una casa; 2º Esta fue destruída el 22 de diciembre de ese año por el incendio causado por la locomotora número 2 en servicio del ferrocarril de la Compañía demandada, y 3º A otra víctima del mismo accidente la Compañía le resarcíó sus perjuicios; pero no a la actora, a pesar de sus gestiones amigables.

“El Juzgado encontró acreditados el incendio y los perjuicios sufridos por la demandante y la relación de causalidad entre aquél y éstos; pero absolvió a la Compañía por creer prescrita la acción; y el Tribunal estimó que no está acreditada la existencia de la Compañía, por lo cual, sin lugar a estudio de fondo, acogió la consiguiente excepción sobre personería y, así, por motivo distinto, confirmó la absolución pronunciada en primera instancia.

“El recurrente en su demanda de casación aduce el motivo 1º de los del artículo 520 del C. J. y ordena sus cargos así: forma dos grupos y en cada uno discrimina lo atañadero a las disposiciones de cuya violación acusa, al concepto en que tal ocurre y a las pruebas cuya errónea apreciación ha producido aquel quebrantamiento en algunos de los casos presentados, a saber:

“Primer grupo.

1º Artículo 494 del C. J. Se dejó de aplicar. La sentencia de primera instancia halló ineficaz la excepción opuesta por la parte demandada sobre la ilegitimidad de su personería sustantiva y acogió la de prescripción. Esta parte no apeló, pues sólo lo hizo la demandante. Y sin embargo el Tribunal, reformando para empeorar y extendiendo su jurisdicción a lo que no estaba bajo ella por haber sido favorable a la apelante la decisión apelada, entró a decidir sobre aquella personería al punto de que la acogida de esta excepción es el por qué de su sentencia.

2º Artículo 15 del C. C.: Se dejó de aplicar, en cuanto la Compañía, al abstenerse de apelar del fallo del Juzgado que le rechazó todas sus excepciones perentorias, renunció, como esta disposición la autorizaba a hacerlo, a todo reclamo en contrario, es decir, al recurso que tenía para modificar una situación procesal que le era desfavorable.

“Segundo grupo.

1º Artículos 21 del C. C. y 657 y 658 del C. J., en virtud de error de derecho en la apreciación de la prueba de la existencia de la Compañía demandada. Señala como tal el poder conferido por la misma, que obra legalmente en autos, y se refiere al desconocimiento de aquella existencia con el cual quebrantó estas disposiciones.

2º Artículos 465 del C. de Co., 1º y 3º del decreto legislativo N° 2 de 1906 y 36 de la ley 40 de 1907, por interpretación errónea. El alcance de estas disposiciones no puede ir hasta el extremo de ser civilmente irresponsables ante terceros las sociedades de que no se acredite el lleno de los requisitos legales sobre su constitución; y además, no puede admitirseles que aleguen en su favor su propia falta.

3º Artículos 477 y 479 del C. Co. Se les dejó de aplicar, en cuanto establecen

que no puede alegarse contra terceros ni por terceros la falta de una o más de las solemnidades requeridas para la existencia regular de las compañías.

“En capítulo separado presenta el recurrente algunas reflexiones sobre la sentencia de instancia que ha de reemplazar la recurrida, las que se resumen así: 1º Están debidamente acreditados en el proceso los hechos fundamentales de la demanda y con ellos la responsabilidad de la Compañía; y 2º No está prescrita la acción, porque aquélla no es un tercero y, por tanto, no es aplicable al caso el inciso 2º del artículo 2358 del C. C., a cuya luz acogió el Tribunal esa excepción, y así las cosas hallándose el caso dentro de las reglas generales, entre ellas la del artículo 2536 de esa obra, no puede conceptuarse que la acción estuviera extinguida cuando se notificó la demanda inicial de este pleito. A este respecto halla procedente la cita de una sentencia de la Corte y agrega algunas consideraciones, como la distinción entre empresa y la sociedad propiamente dicha, con el fin de sostener que ésta responde por sí, y no como tercero, de los actos u omisiones de sus empleados y dependientes con ocasión de su servicio”.

Hasta aquí el referido resumen presentado por el Magistrado sustanciador para la audiencia de 1º de julio en curso.

En ella hablaron los abogados de ambas partes. Ambos presentaron por escrito el resumen de sus exposiciones orales en la oportunidad de ley.

El recurrente insistió en sus cargos antedichos.

El opositor manifestó que aunque el Tribunal acierta al negarse a reconocer como acreditada en el proceso la existencia de la Compañía demandada, puesto que no obran los elementos probatorios indispensables a este fin, prescinde de ese argumento por no satisfacerle una absolución fundada en ese detalle, y sostiene la prescripción declarada en el fallo de

primera instancia, sobre lo cual razona en suma así:

Los actos culposos imponen en favor de la víctima la consiguiente responsabilidad, ya sean personales del imputado, ya de persona por quien ha de responder, según los casos, tal como para lo extracontractual establece con la debida discriminación el Código Civil en el Título 34 de su Libro 4º. Sin negar ninguna de esas dos clases de responsabilidad, se observa la diferencia que sobre su respectiva prescripción se fija allí, pues si la una se deja a la reglamentación general, para la otra el artículo 2358 señala sólo tres años.

Advierte el abogado opositor que la posibilidad de actos propios no requiere precisamente que se trate de persona natural, pues en las jurídicas también caben; pero, eso sí, en cuanto se ejecuten en su representación por quien la tenga y no simplemente por dependiente o empleado cuyas funciones no la lleven o impliquen. Evento este último en que la responsabilidad de la entidad, en sus casos de ley, no puede ser otra que la correspondiente a la de acto ajeno.

Concluye que, como el incendio originario de este juicio se produjo por obra de un maquinista, la responsabilidad de la Compañía tiene que reconocerse colocada dentro del inciso 2º del artículo 2358, por lo cual el Juzgado acertó al declarar que estaba prescrita la acción, puesto que, ocurrido ese siniestro en diciembre de 1914, la demanda no se formuló y notificó hasta abril de 1925.

El recurrente rechaza esa diferenciación y agrega que, aun aceptada, no podría producir aquí ese resultado absoluto, porque el órgano directivo de la Compañía cometió una culpa *in eligendo* e inclusive una culpa *in vigilando*, por cuanto “designó y conservó en su servicio a una persona imprudente e imprevisor”; de suerte que sí hay sobre aquélla la responsabilidad personal a que corresponde, desde el punto de vista de la prescripción, el artículo 2536.

Quedan relatados con el posible dete-

nimiento los argumentos de una y otra de las partes en este recurso. A ello ha procedido la Sala en la mira de exponer de modo completo los temas del mismo al tenor de esas alegaciones. Pero, por lo que en seguida ha de verse, la exposición podía haberse reducido a la otra excepción, o sea, la acogida por el Tribunal, porque, no prosperando el cargo del recurrente contra ésta, con ello basta para decidir negativamente el recurso interpuesto contra su fallo.

En efecto: la señora demandante no acreditó la existencia de la Compañía demandada; y si bien esto no fue óbice a que su demanda se le admitiese y el juicio tuviese su curso, sí constituyó y forzosamente tenía que constituir un escollo a la hora de la sentencia definitiva, la que no podía pronunciarse con estudio de fondo sin la prueba de esa existencia. Y ello es así, no simplemente por haber excepcionado sobre ese pie la parte demandada o por el deber que el artículo 343 del C. J. imponen al juzgador de proceder de oficio, sino también y principalmente por la trascendencia de la personería sobre la validez o nulidad de la actuación y el nimio cuidado que en lo procedente ha de poner el Juez antes de sentenciar, con las sanciones del caso, como se observa en el capítulo de esa obra sobre nulidades, en especial en los artículos 455 y 458.

Reformas saludables de nuestro procedimiento han permitido, por ejemplo, lo antedicho sobre falta de exigencia inicial al demandante de la prueba de la personería de una sociedad demandada; otras sobre sistema probatorio le han facilitado esta comprobación; así, v. gr., obligando a las compañías extranjeras a llenar en Colombia ciertos requisitos y poniendo la copia o atestación de éstos al sencillo alcance del público.

A mayor abundamiento, la persona a quien por indicación de la señora demandante se notificó la demanda, desde que la contestó opuso la excepción en referencia, agregando este toque de aviso a lo que un demandante de suyo debe saber al

respecto cuando instaura un juicio como el presente. Y a pesar de todo esto, la causa llegó al estudio del Tribunal para sentencia como había llegado a este estado al del Juez, es decir, sin la comprobación legal de la existencia de la Compañía demandada. Sabido es que el conocimiento personal que privadamente tenga de un hecho dado el sentenciador no puede suplir la demostración del mismo hecho según la ley. Y es esto lo que precisamente requiere como fundamento de toda decisión judicial el artículo 593 de nuestro Código de Procedimiento Civil.

Nuestra jurisprudencia, de otro lado, es del todo uniforme en el sentido que acaba de indicarse. Baste citar lo que en sentencia de 20 de noviembre de 1935 dijo esta Sala y que se lee en la página 330 del Tomo XLIII de la Gaceta Judicial.

Cosa muy distinta de no demostrar la existencia de la Compañía habría sido que, comprobada aquélla, se hallaran defectos o irregularidades en su constitución misma o en su marcha, y entonces sí habría sido procedente desoir la alegación que en su favor ella formulase con tal fundamento, porque lo habría impedido el conocido *nemo auditur*, que es soporte de los artículos 472, inciso 2º, 477 y 479 del C. Co.

Lo dicho conduce a rechazar estos cargos del segundo grupo, atrás enumerados. Como entre ellos figura también el de violación del artículo 21 del C. C., para justificar el cual el recurrente transcribe frases de la escritura poder que ha obrado en autos, basta para rechazarlo advertir que esas meras alusiones del Notario ante el cual en nombre de una compañía se otorga un instrumento dado, como aquí ese de mandato, no pueden tomarse por prueba legal de la constitución y existencia de la misma.

Cuanto a los cargos del primer grupo, también discriminados ya aquí, se observa: desde la respuesta de la demanda inicial se opusieron las excepciones antedichas sobre prescripción y personería y las de falta de acción y petición antes de

tiempo; y el Juez en la parte motiva de su fallo las examina una a una y va desechándolas hasta llegar a la primera, que es la que acoge y basa su decisión, la que termina, tras la fórmula ritual de las sentencias, con estas palabras que constituyen su parte resolutive: "Absuelve a The Santa Marta Railway Company, Limited, de los cargos de la demanda intentada por Maximina H. de Benítez por indemnización de perjuicios. Sin costas".

Como ya se dijo, el recurrente estima que ese fallo fue desfavorable a la Compañía en cuanto a sus excepciones rechazadas, y de ahí deduce que ella lo consintió, en eso inclusive, no apelando, con lo cual ejercitó el derecho reconocido en el artículo 15 del C. C. Acusa de haberse desatendido esta disposición y el artículo 494 del C. J. porque, así las cosas, lo tocante a esas excepciones entre las cuales se halla la de personería, no quedó sometido a la jurisdicción y conocimiento del Tribunal, ya que la actora fue apelante único.

Las partes singularizan en cada pleito las cuestiones de su interés personal cuya decisión someten al Juez, y es ésta lo que las vincula y lo que buscan como finalidad de su litigio, no las consideraciones y apreciaciones que hayan conducido al juzgador a pronunciarla. Los particulares no están obligados a suscitar o afrontar discusiones académicas, y así, el que ha ganado un pleito porque la sentencia le concede cuanto pidió o porque lo absuelve de todos los cargos de la demanda, mal haría en apelar en razón de que la opinión del sentenciador expuesta en la parte motiva no es precisamente la de ese litigante sobre los hechos o el derecho o porque sus conceptos o palabras desagraden a ese litigante por razones sentimentales o de cualquiera otro orden. Lo favorable o desfavorable de una providencia, a que mira dicho artículo 494, está en lo que concede, niega u ordena, esto es, en su parte resolutive.

Cuando el demandado es condenado en menos de lo pedido y el demandante apela en la mira de completar sus aspiracio-

nes, es claro que el demandado, si por su lado aspira a que se le descargue de aquella condena parcial, debe apelar también, y que, si no apela, en esta parte su condena queda en firme, como no podría extenderla el superior si el demandante no apelara. Pero muy distinto es un caso como el presente en que la sentencia, lejos de condenar en parte que fuese, absuelve por completo al demandado, el cual, por ende, no tenía contra qué o de qué apelar. Su interés no podía ser el éxito de determinada doctrina jurídica, sino su absolución, mediante el triunfo de una cualquiera de sus excepciones.

No pudiéndose, pues, entender que el fallo de primera instancia fuese desfavorable a la Compañía y que en lo correspondiente a un supuesto disfavor quedase ejecutoriado por no haber apelado ella, no puede entenderse tampoco que al Tribunal le quedase sustraído el estudio de la parte del litigio concerniente a las excepciones no acogidas por el Juez, sino que, en fuerza de las circunstancias antedichas, la apelación del actor puso bajo su jurisdicción el problema íntegro materia de la controversia.

Si a esta consideración se agrega lo dicho ya sobre deber del sentenciador en lo tocante a la personería de cada litigante por la íntima conexión entre ésta y la validez o nulidad de lo actuado, bien se ve que los cargos del referido primer grupo no se justifican.

Estas mismas reflexiones indican por qué se dicta el presente fallo tomando como contenido y estado del proceso los que éste tenía al dictarse la sentencia recurrida, la que es el objeto de la acusación en el recurso, y por qué no puede aceptarse la prescindencia que el abogado de la compañía hace del motivo de ese fallo en relación con su personería, prescindencia que, de paso sea dicho, no puede equivaler ante la Corte a una presentación oportuna del comprobante legal de la existencia de la sociedad demandada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Ci-

vil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta el veintitrés de agosto de mil novecientos treinta y tres en este juicio.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango.
Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa
Daza — Fulgencio Lequerica Vélez. Her-
nan Salamanca — Pedro León Rincón,
Srio. en ppd.

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICION.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestroza Daza).

Debidamente preparado se decide el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 15 de noviembre de 1940 que confirmó la aprobatoria de la partición de los bienes en el juicio de sucesión del señor Felipe G. Martín pronunciada el 21 del presente agosto por el Juzgado 7º de este Circuito.

Murió el señor Martín el 15 de diciembre de 1926, dejando cónyuge sobreviviente, señora Elena Guillén de Martín, con quien se había casado el 8 de octubre de 1892, y por herederos a los cinco hijos de este matrimonio Carlos, Felipe, Carmen, Mercedes y María Martín Guillén, hoy señoras de Páez, de Leudo y de Manrique respectivamente.

Dos diligencias de inventario hubo en dicha causa, una el 11 de abril de 1934 en que se relacionó como partida única del activo la casa número 9-83, de la calle 7ª, de esta ciudad adquirida en compra durante el matrimonio y avaluada en esa diligencia en \$ 6.000, y la otra de 20 de septiembre de 1939, en que se relacionó en varias partidas el pasivo allí discriminado y, como activo, un lote o área de terreno con su monumento en el cementerio central de esta ciudad que se avaluó en \$ 300 y del que se citó como título la documentación protocolizada en la Notaría 2ª de Bogotá el 30 de julio de 1920 por instrumento número 1795.

El heredero Felipe Martín agregó a sus

derechos propios los de su madre y los de su hermana Mercedes por medio de las escrituras números 2235 y 2236, otorgadas ambas ante el Notario 1º de este Circuito el 27 de julio de 1938.

Los antecedentes pertinentes, entre ellos los brevemente relacionados, los tuvo en cuenta el partidador al proceder a su trabajo, en el cual figuraron, por tanto, los créditos inventariados a los cuales se agregaron por gastos nuevas partidas y como activo los dos mencionados inmuebles. Sobre tales bases dedujo el partidador cuál era el haber de la sociedad conyugal, cuál el de la sucesión y cuáles los pasivos de una y otra, y tomando en cuenta las cesiones referidas, a cada interesado le determinó su haber y le formó hijuela para pagárselo.

Durante el traslado objetaron la partición las herederas María de Manrique y Carmen de Páez, aquella por medio de apoderado. La objeción fue una sola, consistente en que el partidador consideró como social el lote del cementerio, lote que ellas reputan bien propio del causante.

Rechazada la objeción por el Juzgado y consiguientemente aprobada la partición, apeló de su fallo tan sólo el apoderado de la señora de Manrique, y habiendo el Tribunal confirmado aquella sentencia aprobatoria, el mismo apoderado recurrió en casación. De ahí que se halle el expediente en la Corte.

Observa el Tribunal que, aun dentro del concepto del objetante apelante sobre que el título de adquisición es la citada escritura de 1920, como ésta se otorgó durante la sociedad conyugal, es de la sociedad la adquisición (C. C. artículo 1781). Igualmente observa, de acuerdo con el Juzgado, que la documentación protoco-

lizada por medio de esa escritura no es título de propiedad en favor del causante y que, por lo mismo, el partidor no podía proceder del modo que correspondería si se tratase de un bien propio de éste, separando el patrimonio de él, del de la sociedad y sacando de la masa partible ese lote para no incluirlo en la liquidación de la sociedad conyugal.

El recurrente acusa de violación de los artículos 1394, 1398 y 1826 del C. C., razonando así: el lote se adjudicó a los próceres ascendientes del causante; de modo que en el inventario se relacionó este bien indicando como título la citada escritura de 1920, cuya documentación así lo acredita, y por tanto este concepto debe primar en la partición, "sin que sirva de excusa el hecho de que con esos documentos no se demuestra el dominio pleno sobre el dicho bien, ya que aquí no se disputa ese dominio sino únicamente la condición adquisitiva del referido lote para el efecto de ser adjudicado en la partición".

Agrega: "Y si tales documentos demuestran claramente que el inmueble no fue adquirido por la sociedad sino que fue adjudicado directamente al causante, el partidor al desconocer este hecho violó las disposiciones del Código Civil ya citadas que le ordenan: liquidar lo que a cada uno de los coasignatarios se deba: separar el patrimonio del difunto de los bienes pertenecientes a otras personas por razón de gananciales o contratos de sociedad, y sacar de la masa partible, para no incluir en la liquidación de la sociedad, los bienes propios de cada uno de los cónyuges".

Así fundamenta su cargo, que es, repítese el de violación directa de esas disposiciones sustantivas.

Copia notarial registrada de la escritura en referencia, otorgada como ya se dijo ante el Notario 2º de este Circuito el 30 de julio de 1920, vino al proceso como prueba en el incidente de excepciones y forma los folios 2 a 5 del cuaderno 4º. Allí consta que los documentos protocolados por medio de ese instrumento y que esa copia transcribe son: a) las declaracio-

nes rendidas a solicitud del señor Felipe G. Martín extrajuicio en el Juzgado 4º Civil de este Circuito el 23 de junio de ese año por dos testigos que dicen conocer el lote en cuestión como de la familia Martín y que así se ha reconocido siempre; uno de ellos, condueño del lote contiguo, afirma que en esta calidad y desde niño ha conocido como de la familia Martín dicha área y el monumento en ella construido y sabe que en éste se hallan los restos de personas de esa familia y además ha visto en el mismo sentido un cuadro antiguo en la administración del cementerio y una relación del Papel Periódico Ilustrado, sin que persona alguna le haya disputado esa propiedad a la familia Martín o interrumpido su posesión; y el otro testigo hace análogas afirmaciones respaldándose en su conocimiento de los hechos por más de treinta años y en sus relaciones íntimas con el padre del señor Martín a quien acompañó varias veces a visitar aquel monumento. b) Certificado del administrador de los cementerios fechado el 15 del mismo junio, sobre que el dicho lote ha figurado siempre como de propiedad de la familia Martín y en el libro de Areas de propiedad particular obra la anotación respectiva con sus correspondientes indicaciones, inclusive linderos, y allí dice, entre ellas, "1853 y 1854 —Martín familia— (Carlos y Guillermo)". c) un memorial del mismo señor Felipe G. Martín dirigido al presidente y miembros del Concejo Municipal de Bogotá, de que la presidencia ordenó el 2 de julio de ese año (1920) pasar al Personero. En este memorial el peticionario afirma que la familia Martín (Carlos y Guillermo) es dueña del área de terreno en el cementerio antiguo que allí deslinda tal como se ve ahora en este juicio, y que bajo la construcción existente en ese lote reposan desde 1853 los restos de su abuelo el prócer de la Independencia coronel Felipe Mauricio Martín, los de su esposa desde 1854 y los de su hijo el doctor Carlos Martín desde 1903; y que no ha podido reparar ese mausoleo porque el administrador del cementerio le exige presentar el

título de propiedad. En seguida se queja de que no se halla la escritura pública que indique el traspaso del dominio; de que no aparece el recibo con que en su tiempo esto se acreditaba, probablemente por haberse incinerado con otros papeles de familia considerados ya inútiles, y de que por el incendio de Las Galerías desapareció el archivo general del Municipio en donde debería encontrarse el título original. Indica como inminente la exhumación del cadáver de su padre, el general Guillermo F. Martín, cuyos restos dispuso él se colocaran al lado de los de su padre el coronel Martín. Y termina solicitando se reconozca la propiedad del lote y se ordene revalidar el título en legal forma, en vista de lo expuesto y de la documentación que acompaña, la que consiste en las declaraciones de testigos y certificados ya vistos aquí.

Esto es todo lo contenido en la citada escritura de 30 de julio de 1920 aducida como título al relacionar dicho bien en la diligencia de inventarios.

Como es de ley, esa escritura de protocolización no se inscribió en el libro de registro número 1º, sino en el número 2º.

El artículo 2606 del C. C. advierte que la protocolización, medida de seguridad y custodia del documento protocolado, no da a éste mayor fuerza y firmeza de la que originariamente tenga.

Estas breves anotaciones hacen ver con claridad que ese inmueble no podía reputarse por el partidor como adjudicado al causante, como bien propio de éste, y que, por tanto, hallándolo entre lo inventariado, esto es, entre lo que por lo

mismo debía ser objeto de su trabajo de partición, no estando destruída la presunción que en favor de la sociedad conyugal establece el artículo 1795 del C. C., forzosamente tenía que reputarla de ésta y proceder en consecuencia.

Así, pues, no hubo bienes propios de ninguno de los consortes que hubieran de sacarse de la masa social ni, por ende, confusión de patrimonios a cuya separación atender, lo que significa que no era el caso de aplicar los citados artículos 1826 y 1398; y si por otra parte se siguieron las reglas del artículo 1394, no se ve cómo pueda acusarse por violación de estas disposiciones el fallo aprobatorio del trabajo del partidor.

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

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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



SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal—Bogotá, marzo doce de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Campo Elías Aguirre)

Se inició éste proceso en mayo de mil novecientos treinta y ocho, es decir, antes de la expedición de la ley 94 de tal año, a causa de que Dionisio Martínez le dio muerte a Ana López.

Como se trataba de asesinato se le presentaron al Jurado las dos preguntas de fs. 83 y 84, que fueron contestadas afirmativamente, y el Juez Superior de Buga le impuso a Martínez quince años de presidio, mínimo del artículo 363 del Código de 1936, por cuanto consideró que para el reo era desfavorable la legislación penal bajo cuyo imperio había delinquido.

El Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial aun cuando admitió los quince años hubo de subir la sanción a veinte por la reincidencia computable a que se refieren las copias de fs. 16 v. a 18, en donde consta que a Martínez se le condenó, por hurto, a dos años de presidio, en 1937. El aumento consistió en una tercera parte (artículo 34 del Código Penal nuevo).

Entonces el Fiscal del Tribunal Superior de Buga recurrió en casación “por estimar que es errónea la interpretación y aplicación de los artículos 140 del C. Penal anterior, y 34 del C. Penal vigente”.

Sustentó el recurso la Fiscalía ante la Corte y, citando erradamente los artículos 556, 558, 563, 567, numeral 1º, y 570, ordinal a), de la Ley 94 de 1938, en vez de los respectivos de la Ley 118 de 1931 que son los que corresponden al actual

negocio, en resumen alegó así: que el artículo 34 del Código de 1936 se circunscribe a la reincidencia específica; que la reincidencia genérica es la contemplada en la circunstancia 2ª del artículo 36 ibidem; que sólo la específica abre campo al aumento del artículo 34; que como la condenación anterior, la de 1937, versa sobre el delito de hurto, por ser genérica la reincidencia debió desecharse, y que al hacer el aumento el Tribunal violó en el fallo la ley penal por errónea interpretación y aplicación indebida del artículo 34 citado.

Opina el señor Procurador que el reparo del Fiscal no tiene fundamento, y pide que la Sala mantenga en firme la sentencia, puesto “que el artículo 34 del nuevo Código Penal establece la reincidencia genérica, sin que con este concepto incurra en la tontería de pensar que aquella disposición excluye la reincidencia específica, pues es elemental el teorema de que el todo comprende la parte”.

No se explica la Corte el por qué de las afirmaciones del Fiscal recurrente.

Es punto indiscutible que el artículo 34 del Código Penal de 1936 comprende toda clase de recaídas delictuosas, excepto las que detalla el artículo 35, sean in eodem o sean de carácter heterogéneo, sin que exista apoyo para la ilegal diferenciación de que habla el Fiscal de Buga, advirtiéndole que la única reincidencia específica se consagró en Colombia con el art. 2º de la Ley 105 de 1922.

La locución “un nuevo delito” que emplea el artículo 34 y que para el Fiscal significa “la reiteración del cometido con anterioridad”, lejos está de permitir la arbitraria interpretación del recurrente,

quien distingue en una materia o un precepto cuyo tenor literal y cuyo espíritu rechazan cualesquiera restricciones de entendimiento que no caigan, se repite, bajo la prohibición del artículo 35.

Y la circunstancia de mayor peligrosidad que se origina de haber incurrido el reo, anteriormente, en condenas judiciales (2ª del artículo 37), qué nexo guarda con la noción de "reincidencia del tipo genérico?". Ninguno, absolutamente ninguno. Esa circunstancia es una agravante de la responsabilidad que toca, sin excepciones, con toda condenación anterior por delito o delitos (y por infracciones policivas) de la misma especie del nuevo hecho, o de género diverso.

Por otra parte, la circunstancia 2ª del artículo 37 no está sujeta a la limitación del tiempo máximo de diez años que rige para el fenómeno de la reincidencia, y así la condenación anterior bien puede remontarse, como elemento apreciable de mayor peligrosidad, a una época o fecha que exceda de dicho tiempo.

El fallo del Tribunal Superior de Buga, de consiguiente, no es violatorio de la ley penal, ni por mala interpretación ni por indebida aplicación de ella. (Causal 1ª, artículo 3º, Ley 118 de 1931).

En mérito de las razones que preceden, de acuerdo con el parecer del señor Procurador delegado, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve no invalidar la sentencia del Tribunal Superior de Buga que impuso veinte años de presidio, por asesinato, a Dionisio Martínez.

Devuélvase el proceso al Tribunal.

Notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Campo Elías Aguirre — Absalón Fernández de Soto—José Antonio Montalvo.
Julio E. Argüello R., Srio.

LA AUTORIDAD NO IMPONE A QUIEN LA EJERCE DEBERES IMPLICITOS. — ESTOS ESTAN EXPRESAMENTE SEÑALADOS EN LAS LEYES. — ENJUICIAMIENTO POR ABUSO DE AUTORIDAD.

I. Una cosa es aclarar, por los medios de interpretación, las palabras de la ley que se consideran oscuras o dudosas, o tratar del mismo modo de colmar un vacío que realmente existe en la ley, y otra muy distinta es explicar la ley, dentro de sus propios términos, a fin de establecer si existe o no relación entre la norma y el hecho que se presume contrario a ella.

La ley penal es ciertamente de aplicación restrictiva, pero esto no quiere decir que sus normas no puedan y deban ser explicadas para justificar las conclusiones del Juez. Tampoco podría admitirse, sin incurrir en una confusión de ideas, que la incidencia desfavorable al caso controvertido, que pueda resultar de aquella explicación, cohiba al Juez para hacerla.

II. Los términos *arbitrario* e *injusto*, empleados en el artículo 171 del nuevo código penal, no son equivalentes. Representan dos conceptos distintos. El acto arbitrario constituye por sí mismo abuso de autoridad, sin que su naturaleza antijurídica se altere por el fin perseguido, aunque éste sea idealmente justo. Cause o no perjuicios a las personas, el acto arbitrario es siempre el contrario al derecho escrito. En cambio, el acto injusto puede no serlo y la ley lo ha tomado en cuenta sólo en el supuesto de que perjudique intereses privados.

El acto arbitrario no fue definido en disposición especial del nuevo código. Mas tratándose de conceptos que tienen un significado propio en el tecnicismo del derecho penal, su definición no es indispensable. En la disposición que se comenta el solo enunciado de los términos "acto arbi-

trario" —visto independientemente del acto injusto— integra los elementos del hecho punible y le da expresión a éste.

III. Si la bondad del móvil y la justicia intrínseca del acto fuesen la norma que ha de prevalecer en los agentes de la autoridad para determinarlos a obrar, y ese fuese también el criterio del juzgador al examinar la conducta del funcionario acusado, entonces carecería de sentido el artículo 16 de la Constitución y de finalidad las leyes que determinan el radio de acción de los funcionarios públicos, según el orden a que pertenezcan.

El principio de legalidad dejaría de ser la norma reguladora de la actividad jurídica del Estado si cada funcionario asume la facultad de resolver libremente que determinados actos de las autoridades no deben cumplirse porque los consideran arbitrarios o injustos, fundándose en los reclamos e informaciones particulares que reciban.

Sabido es que conforme la organización jurídica del país los empleados públicos no pueden hacer sino lo que expresamente les permiten las leyes y en la forma establecida por ellas. Si dentro de la misma jerarquía judicial sería anómalo que el inmediato superior ordenase de plano suspender los efectos de la providencia del inferior que no ha sido sometida a su revisión de acuerdo con los trámites establecidos, cuanto más lo sería que dicha orden proceda de autoridad perteneciente a órgano distinto del poder público.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal—Bogotá, veintiocho (28) de junio de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Absalón Fernández de Soto)

.. Vistos: El señor Luis A. Muñoz y Vieira, Juez 1º Civil Municipal de Medellín, en memorial-denuncio dirigido a la Corte Suprema de Justicia el 9 de agosto de 1938, pidió se adelantase contra el señor Alberto Jaramillo Sánchez juicio de responsabilidad, por hechos ejecutados por éste en su carácter de Gobernador del Departamento de Antioquia.

El hecho que motivó la investigación es el siguiente:

El 2 de noviembre de 1937, el Juez 1º Civil Municipal de Medellín, Sr. Luis A. Muñoz Vieira, dictó una resolución por medio de la cual impuso al señor Alejo Santamaría R. 24 horas de arresto por haber estampado en un memorial frases que el Juez estimó calumniosas e injuriosas contra él.

Por auto de 25 de julio de 1938, el mismo Juez negó la reposición de aquella providencia. Este auto le fue notificado al señor Santamaría el 2 de agosto de 1938; y el día 4 del mismo mes fue enviado a la cárcel, a donde ingresó siendo más o menos las 5 de la tarde. Entre las ocho y media y las nueve de la noche, de ese mismo día, el señor Alfonso Uribe Misas se presentó ante la Dirección de la Cárcel con la siguiente nota:

“Medellín, 4 de agosto de 1938.—Señor Director de la Cárcel.—El suscrito ha resuelto suspender temporalmente la orden de detención contra el señor don Alejo Santamaría, dada por el Juez 1º Municipal, doctor Luis A. Muñoz Vieira. En consecuencia, ruego a usted ponerlo en libertad. Me suscribo de usted atto. s. s., A. Jaramillo S., Gobernador”.

El oficial de guardia de la cárcel, en ausencia del Director, atendió inmediatamente la orden del Gobernador del Departamento, señor Alberto Jaramillo Sán-

chez, y puso en libertad al señor Santamaría.

Resultando:

1º Que efectivamente el señor Alejo Santamaría R. fue condenado a veinticuatro horas de arresto por haber dirigido un memorial al Juez Segundo del Circuito, que el Juez Municipal consideró injurioso o irrespetuoso.

2º Que hallándose el señor Santamaría en la cárcel cumpliendo esa pena correccional, fue puesto en libertad por orden del señor Gobernador de Antioquia.

3º Que el señor Jaramillo Sánchez confiesa el hecho, exculpándolo por considerar el arresto de Santamaría injusto y violatorio del artículo 19 de la Constitución Nacional y contrario a las normas procedimentales.

4º Que está debidamente acreditada la calidad de Gobernador de Antioquia que el señor Jaramillo Sánchez tenía cuando dio la referida orden.

5º Que de las causas por motivos de responsabilidad por infracción de la Constitución o las leyes, que se promuevan contra los Gobernadores, conoce privativamente esta Sala.

Considerando:

El señor Gobernador de Antioquia estimó que la resolución sobre arresto impuesto al señor Santamaría fue dictada con violación de la ley y aun de la Constitución. Sin embargo, a dicho funcionario no le competía examinar sus fundamentos jurídicos, pues esa no es función propia de las autoridades del orden administrativo; y menos estaba autorizado para resolver que se suspendiera la orden de arresto y mandar, como lo hizo, que se pusiera en libertad al arrestado.

El primero de los deberes de los Gobernadores es cumplir y hacer que se cumplan la Constitución y las leyes en el territorio de su Departamento (artículo 127 del Código Político y Municipal). Es-

ta norma no confiere a los Gobernadores un poder discrecional que les permita remediar por sí mismos los actos contrarios al orden legal.

Enterado el Gobernador de Antioquia de que en la cárcel de Medellín se estaba cumpliendo una resolución del Juez Muñoz y Vieira que consideró inicua, debió acudir a las vías legales para remediar esa situación o para que se sancionara al responsable. Al ordenar que se suspendiera la ejecución de la providencia judicial se excedió en el ejercicio de sus funciones o, lo que es igual, cometió un acto arbitrario.

A la faz de los principios generales del derecho tal acto es violatorio de las normas orgánicas de la administración pública y, concretamente, constituye una de las infracciones comprendidas en las legislaciones positivas bajo la denominación genérica de abusos de autoridad.

El artículo 171 del nuevo Código Penal, vigente al tiempo en que se cometió el hecho investigado, dice:

“El funcionario o empleado público que, fuera de los casos especialmente previstos como delitos, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa o haga cometer acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad, incurrirá en la privación del empleo, y en multa de diez a quinientos pesos”.

Queda por examinar si en los términos de esta disposición se halla incluido el acto cometido por el Gobernador de Antioquia, pues se trata de un caso de abuso de autoridad no previsto en disposición especial.

En su vista el señor Procurador Delegado en lo Penal no cita el artículo copiado; pero sin duda refiriéndose a él anota que “los actos arbitrarios o injustos ejecutados por los funcionarios y empleados públicos, con ocasión de sus funciones o con exceso en el ejercicio de ellas, sólo son punibles cuando atentan contra una persona o contra una propiedad, pero no cuando implican la usurpación de

funciones correspondientes a otras autoridades o el desconocimiento de órdenes judiciales. Y en el presente caso, el señor Gobernador cometió un acto arbitrario, pero no en contra de una persona o de una propiedad, sino en favor del detenido señor Santamaría”.

El Gobernador de Antioquia cometió un acto arbitrario en favor de un tercero, afirma el señor Procurador; pero no siéndole, en su juicio, aplicable el artículo copiado, considera que existe un vacío y concluye pidiendo que se termine este asunto con sobreseimiento definitivo.

Debatido largamente en la Sala el problema planteado por el señor Procurador, la mayoría de ella ha llegado a la conclusión de que la ley no adolece de tal vacío. El razonamiento que le sirve de base no pretende que la ley penal sea susceptible de interpretación en contra del acusado, pues la Sala acata en toda su integridad el principio tradicional *nullum crimen sine lege*.

Una cosa es aclarar, por los medios de interpretación, las palabras de la ley que se consideran oscuras o dudosas, o tratar del mismo modo de colmar un vacío que realmente exista en la ley, y otra muy distinta es explicar la ley, dentro de sus propios términos, a fin de establecer si existe o no relación entre la norma y el hecho que se presume contrario a ella.

La ley penal es ciertamente de aplicación restrictiva, pero esto no quiere decir que sus normas no puedan y deban ser explicadas para justificar las conclusiones del Juez. Tampoco podría admitirse, sin incurrir en una confusión de ideas, que la incidencia desfavorable al caso controvertido, que pueda resultar de aquella explicación, cohiba al Juez para hacerla.

De suerte que al exponer la Corte, como lo hará en seguida, la significación de los términos de una norma cuya observancia apenas empieza, como es el caso del artículo 171 del nuevo Código Penal, no contraría ninguno de los principios

tradicionalmente admitidos en favor del acusado.

En el artículo 171 del Código la partícula *o*, que separa los términos *arbitrario* e *injusto*, no es conjunción copulativa sino disyuntiva, que separa de un modo completo dos hipótesis.

Los términos *arbitrario* e *injusto*, empleados en dicha disposición, no son equivalentes. Representan dos conceptos distintos. El acto *arbitrario* constituye por sí mismo abuso de autoridad, sin que su naturaleza antijurídica se altere por el fin perseguido, aunque éste sea idealmente justo. Cause o no perjuicios a las personas, el acto *arbitrario* es siempre el contrario al derecho escrito. En cambio, el acto *injusto* puede no serlo y la ley lo ha tomado en cuenta sólo en el supuesto de que perjudique intereses privados.

El acto *arbitrario* no fue definido en disposición especial del nuevo Código. Mas tratándose de conceptos que tienen un significado propio en el tecnicismo del derecho penal, su definición no es indispensable. En la disposición que se comenta el sólo enunciado de los términos "acto *arbitrario*" —visto independientemente del acto *injusto*— integra los elementos del hecho punible y le da expresión a éste.

Por una redacción defectuosa, pudiera haber lugar aquí a confusión entre los términos "arbitrario" e "injusto" y aparecer condicionada la punicidad del acto *arbitrario* al daño que de él resulte contra persona o propiedad. Sin embargo, esta condición no puede lógicamente referirse, en el precepto transcrito, sino al acto *injusto*.

A juicio de la Corte en el artículo 171 se hallan, pues, englobadas las distintas hipótesis que se desprenden de la diferencia de los dos conceptos analizados. En las actas de los debates de la comisión redactora del nuevo Código Penal hay un antecedente importante del cual aparece que el artículo comentado se adoptó en la inteligencia de que no quedaba limitado únicamente a los casos de perjuicio

contra una persona o propiedad sino que comprendía también actos de resultados diferentes.

En la página 22 del libro "Actas del Código Penal, Tomo II, se lee lo siguiente:

"Como artículo 1º del capítulo IV, el doctor Cárdenas propone el siguiente, que fue aprobado:

"Artículo. El funcionario o empleado público que, fuera de los casos especialmente previstos como delitos, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa o haga cometer acto *arbitrario* o *injusto* contra una persona o contra una propiedad, será privado de su empleo y se le aplicará una multa de diez a quinientos pesos".

"El doctor Escallón observa que en esta disposición parece que sólo se contempla el caso de que se cause un perjuicio, puesto que allí se dice 'contra una persona o contra una propiedad', y es necesario que el precepto cobije también el caso de que no haya perjuicio sino únicamente un beneficio indebido como, por ejemplo, el que resultaría de la orden de un Alcalde que ordenara a los agentes de la policía que están a su cargo la recolección de la cosecha perteneciente a un amigo de aquel funcionario.

"El doctor Cárdenas explica que con las palabras 'acto *arbitrario* o *injusto*' quedan incluidas todas esas hipótesis, y en el caso contemplado por el doctor Escallón esa orden iría en contra de la entidad oficial que tiene bajo su mando a los agentes de la Policía.

"Después de breve discusión, fue aprobado el artículo propuesto por el doctor Cárdenas".

Considera finalmente la Corte que esta conclusión, según la cual en el artículo 171 quedaron incluidos los casos de abuso de autoridad no previstos en disposición especial, como el que se imputa al Gobernador Jaramillo Sánchez, es la que mejor se conforma con el carácter de generalidad de las nuevas normas penales, con las cuales se ha reemplazado el sistema casuístico del Código de 1890; y en-

tendiendo así el precepto se mantiene la armonía necesaria que es de suponerse estableció el legislador entre las reglas del nuevo Código y los preceptos constitucionales que desarrollan.

El mencionado artículo 171 y los demás relativos a los abusos de autoridad tienen su fuente en el 16 de la Constitución, en cuanto éste consagra una garantía social que por su naturaleza requiere sanción represiva. Dice así:

“Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución o de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas”.

A mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, en desacuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve: llamar a responder en juicio criminal al señor Alberto Jaramillo Sánchez, mayor de edad y vecino de Mede-

lín, por el delito de abuso de autoridad contemplado en el Capítulo VI, Título III, Libro II del Código Penal nuevo, consistente en haber ordenado en su carácter de Gobernador de Antioquia, el día 4 de agosto de 1938, la libertad del señor Alejo Santamaría, quien se hallaba cumpliendo una pena correccional en la cárcel de Medellín, por resolución del Juez 1º Civil Municipal de esa ciudad.

Cópiese y notifíquese. Hágase saber al procesado el derecho que tiene de nombrar un defensor que lo represente en el juicio.

Para la notificación personal al procesado, procédase en la forma prescrita en el artículo 173 de la Ley 94 de 1938, librando al efecto despacho al señor Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín.

Publíquese en la Gaceta Judicial, una vez ejecutoriado.

Absalón Fernández de Soto—José Antonio Montalvo—Campo Elías Aguirre.
Julio E. Argüello R., Srio.





SALVAMENTO DE VOTO

Me veo en la penosa necesidad de dis- sentir de las conclusiones de mis colegas que han dictado auto de proceder contra el ex-gobernador de Antioquia, señor Alberto Jaramillo Sánchez, por un hecho de funesto alcance y digno de todo reproche, sí, que rompió el mandato constitucional de la separación de funciones de los órganos del Poder Público, pero que no constituye infracción prevista en el Código Penal de 1936, desgraciadamente.

Es absoluto el principio de la legalidad del delito. *Nullum crimen, nulla poena sine lege*. En eso se informa la letra y el espíritu del artículo 11 del Código, para consagrar una de las más preciosas garantías ciudadanas, y eso es lo que quizá no acata la honorable mayoría.

Al apoyarse ésta en una interpretación gramatical del artículo 171, quebranta otro axioma absoluto en el campo del derecho penal: que cualesquiera relaciones de semejanza y cualesquiera métodos interpretativos repugnan si se establecen y se emplean para deducir un cargo o imponer una pena o agravarla. Y es que el argumento de analogía y las reglas de interpretación tan sólo pueden usarse en el *jus poenali* cuando se trata de beneficiar al reo.

Se fueron mis colegas a buscarle al artículo 171 una complicada vida que es de desear que tuviese pero que no tiene, pues cuando el sentido de la ley sea claro no será lícito desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (artículo 27 del Código Civil), no pudiendo explicarse la para ellos expresión oscura del precepto según lo explican, a más de que la historia fidedigna del origen o establecimiento del artículo 171, por el antecedente en el seno de la comisión que elaboró el proyecto de Código Penal, no arro-

ja luz alguna que autorice la inteligencia que le asigna la mayoría.

Y no es sugerente que desde la primera sesión de esta Sala, el 10 de mayo último se esté debatiendo la manera de estimar el acto del gobernador Jaramillo Sánchez? No demuestra el prolongado debate que **al menos** el punto es dudoso, de duda intensa y grave? Y con no resolverla en favor del procesado sino en contra del supuesto delincuente, se desconoció un tercer principio absoluto que proclaman la moral y la ley.

Raro es el entendimiento que la honorable mayoría le da al artículo 171. Expresa que la conjunción o entre los vocablos "arbitrario" e "injusto" tiene el carácter de disyuntiva que separa de un modo completo dos hipótesis, y lee el artículo así: "El funcionario o empleado público que, fuera de los casos especialmente previstos como delitos, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa o haga cometer acto arbitrario, o injusto contra una persona o contra una propiedad...", etc. Es decir, coloca una coma que desligue las palabras "arbitrario" e "injusto", para significar que de por sí el acto de la primera naturaleza engendra represión penal, aunque no vaya contra una persona o contra una propiedad.

No! Para que se configure el abuso de autoridad en la nueva fórmula del art. 171, se requiere que el acto arbitrario o injusto se cometa contra una persona o un bien ajeno, y el acto del gobernador ni dañó una cosa ajena ni perjudicó a ninguna persona.

Ni cabría lo perpetrado por el gobernador Jaramillo Sánchez en el artículo 182, porque éste no es sino la antigua

ficción a que aludían los artículos 403 a 406 del Código Penal de 1890.

Vacío del Código en cuestión de tanta monta como la indebida intromisión del gobernador procesado? Es preciso aceptar que la reforma penal de 1936, para mí digna de alabanza, adolece en su parte especial de notorias deficiencias que exigen pronto remedio. Pero que lo ponga el legislador y no la administración de justicia.

Es que para considerar probado el cuerpo de un delito es indispensable que cabalmente, sin sutilezas ni distingos ni trabajosos esfuerzos de dialéctica, se acomode la llamada infracción en un mandato legal que no se preste a vacilaciones para comprenderlo y aplicarlo.

Y aquí llego a la exposición de algo que interesa y es muy primordial. El gobernador Jaramillo Sánchez no cometió ningún acto arbitrario cuando probablemente puso en libertad al señor Alejo Santamaría R.

Qué es arbitrariedad? Por cuanto el término no lo ha definido el legislador, es menester entenderlo en su sentido natural y obvio, según el uso general de dicha palabra (artículo 28 del Código Civil). Arbitrariedad es "acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho". (Diccionario de la Lengua por la Real Academia Española). Y en el diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, de Escriche, arbitrariedad es

"el proceder o dictamen según el propio capricho y contra las reglas de la razón".

Desde luego todo acto arbitrario es acto injusto porque padezca la justicia en su concepción abstracta o en su presentación concreta en el derecho escrito. Pero no siempre es arbitrario todo acto injusto.

Y si al gobernador Jaramillo Sánchez lo sitúa la honorable mayoría en la hipótesis del acto arbitrario, y si hállase persuadida de que al gobernador lo guió un noble impulso equivocado, un motivo de justicia errada, un propósito de buena fe, todo ello dirigido a reparar francamente una injusticia cometiendo él mismo una falta grande, cómo aseverar que obró por puro capricho o antojo o porque quiso obrar así por la mera voluntad de hacerlo? Eso podrá ser cualquier cosa menos arbitrariedad.

Mi firme opinión, respetuosa hacia la adversa e ilustrada de la honorable mayoría de la Sala, es la del sobreseimiento definitivo que pide el señor Procurador Delegado para el ex-gobernador de Antioquia, Sr. Alberto Jaramillo Sánchez, por cuanto no es constitutivo de delito el hecho que ejecutó (ordinal 1º, artículo 437, Código de Procedimiento Penal).

Bogotá, veintiocho (28) de junio de mil novecientos cuarenta (1940).

Campo Elías Aguirre

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, once de octubre de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Absalón Fernández de Soto)

Por auto de 28 de junio de 1940, la Corte llamó a responder al doctor Alberto Jaramillo Sánchez por el delito de abuso de autoridad contemplado en el capítulo VI, título III, libro II del Código Penal, consistente en haber ordenado, en su carácter de Gobernador de Antioquia, el día 4 de agosto de 1938, la libertad del señor Alejo Santamaría, quien se hallaba cumpliendo una pena correccional en la cárcel de Medellín, por resolución del Juez 1º Civil de esa ciudad.

El doctor Jesús Echeverri Duque, defensor del enjuiciado, solicitó oportunamente revocatoria del referido auto y pide que en su lugar se dicte sobreseimiento. Del examen de los antecedentes y fundamentos de la resolución que impuso el arresto, deduce que ésta es abiertamente contraria a la Constitución y a la ley procedimental. Cita las disposiciones que en su concepto fueron infringidas por el Juez Muñoz y Vieira y sostiene que el Gobernador Jaramillo Sánchez no podía acatar ciegamente la orden judicial “a sabiendas de que se iba a consumir o se estaba consumando un acto arbitrario”.

Refiriéndose al principio de separación de los órganos del poder público, en el cual encuentra el íntimo fundamento de la tesis sostenida por la Corte, dice que “si la Constitución establece este principio, también prevee que su aplicación rigurosa puede llevar al abuso y por ello tiene otros principios de equilibrio y de mutuo control entre los órganos del poder público”.

No existe ciertamente —anota la Corte— un sistema rígido de separación en los órganos del poder público, ni ello sería posible por razones que no es del caso exponer aquí. “Los órganos del poder público —declara la Carta— son limitados, tienen funciones separadas, pero colabo-

ran armónicamente en la realización de los fines del Estado”.

Las formas o medios de cooperación —no de control mutuo— están reglamentados en las leyes y en cuanto a los Gobernadores, su misión, respecto al órgano judicial, no es otra que prestarle el auxilio necesario para la efectividad de sus providencias.

La garantía contra los abusos de los agentes del poder público, cualquiera que sea el orden a que pertenezcan, está en la limitación de sus funciones y en la responsabilidad por extralimitación u omisión en el ejercicio de ellas (artículo 16 de la Constitución).

Cree el doctor Echeverri Duque hallar justificación para el hecho imputado al Gobernador Jaramillo Sánchez en el art. 16 de la Carta, cuyo texto dice así:

“En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

“Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden.”

Sin ahondar en la razón de ser de este artículo, bastará observar que él se refiere concretamente al empleado inferior que, no siendo militar en servicio, ejecuta una orden superior manifiestamente contraria a la Constitución. Es decir, que en tal evento, el deber de obediencia no obliga ni sirve de excusa al funcionario civil y que, por tanto, puede y debe desacatar la orden, so pena de incurrir en responsabilidad.

Ninguna relación o semejanza existe entre el caso previsto en dicho precepto y el hecho imputado al Gobernador Jaramillo Sánchez. Violatoria o no de la Constitución, la orden de arrestar al señor Santamaría no le fue dada al mandatario seccional, ni su intervención fue solicitada para llevarla a cabo. En una palabra, su deber y su responsabilidad no estaban en modo alguno ligados al acto arbitrario que se dice realizó el Juez.

Conforme a los términos del artículo 309 de la Ley 4ª de 1913, los empleados con jurisdicción pueden sancionar con multa o con arresto a quienes “les desobedezcan o falten al debido respeto”. Pero —dice el artículo 310— el empleado que abuse de esta facultad, a pretexto de ejercerla, será castigado con arreglo a la ley penal. Lo relativo a saber si en el caso del señor Santamaría hubo realmente irrespeto para el Juez y si se cometió en el acto en que desempeñaba las funciones de su cargo, era cuestión que correspondía examinar, ya en el juicio de responsabilidad respectivo, a la jurisdicción competente.

Alega el doctor Echeverri Duque que su defendido no cometió una acción dolosa en el sentido que a esta palabra le asigna la ley; y a propósito copia la siguiente definición que da el código civil, en el inciso final de su artículo 63:

“El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

El concepto contenido en tal definición no coincide con las normas del código penal, cuyo artículo 12 se limita a decir que las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en el artículo 29, son intencionales o culposas; y en ese mismo estatuto, como en el antiguo se reprimen actos u omisiones de funcionarios públicos por el solo hecho de ser contrarios a sus deberes oficiales, aunque se realicen sin la intención especial de causar perjuicio a la persona o propiedad de otro. Con posterioridad a la providencia cuya revocación se pide dijo la Corte en caso análogo:

“La verdad es que estos delitos — de funcionarios públicos — suelen no perjudicar intereses privados de los ciudadanos. Lo que lesionan siempre es el interés jurídico del Estado de que sus agentes actúen dentro del orden legal, interés cuya guarda les está confiada y de la cual sólo ellos responden. Por eso los actos

de los funcionarios públicos, violatorios de los deberes que el cargo les impone, se denominan por antonomasia delitos de responsabilidad o delitos públicos, pues afectan directamente el derecho público del Estado. Las reglas de la legislación penal colombiana, tanto de la antigua como de la nueva, que sancionan esta clase de delitos, emanan del siguiente precepto constitucional:

“Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución o de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas” (artículo 16, C. N.)

Se invoca también, para justificar el acto imputado al Gobernador Jaramillo Sánchez, el artículo 25 del nuevo código penal (ley 95 de 1936), que dice:

“El hecho se justifica cuando se comete:

“.....

“2º Por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión”.

Al copiar este artículo el doctor Echeverri Duque subraya la palabra honor. Por esta circunstancia y por el comentario que hace en seguida parece que, en su concepto, el Gobernador obró en defensa del honor del señor Santamaría, lesionado por la orden de arresto. Dice así el escrito en referencia:

“Legislaciones caducas consideraron por mucho tiempo menos importante para el ciudadano el honor que la vida. Absolvían al que mataba en el acto de una agresión material y encarcelaban al que obraba en defensa de su honor, que como se ha dicho, es la única riqueza digna de este nombre. Los que no tienen la suerte de acumular bienes materiales, mueren orgullosos de dejar a sus hijos el ejemplo de una vida inmaculada”.

La tesis que insinúa el recurrente, fue ampliamente estudiada por la Sala con ocasión del llamamiento a juicio del Gobernador del Magdalena, doctor Pedro Castro Monsalvo, en el cual se planteó también, como causal de justificación de la resistencia o desobediencia a los mandatos de la autoridad, la necesidad de defenderse o defender el honor o la libertad de otro. Conviene reproducir aquí algunos pasajes del auto en cuestión:

Dicen así:

“Según el nuevo texto y los antecedentes de su adopción, la legítima defensa comprende no sólo los bienes materiales sino también los morales, que deben ser protegidos por la ley en la misma medida que el derecho a la vida. Responde sin duda la nueva ley, mejor que la antigua, al deber del Estado de amparar jurídicamente, no sólo la persona física de los asociados contra la violencia injusta, sino otros bienes, como el honor y la libertad, cuya conservación necesita el individuo tanto como la vida misma.

“Pero la incorporación en el derecho positivo de la defensa individual de tales bienes no suministra en modo alguno base para deducir que, a diferencia de la antigua, la nueva ley introduce una modificación al principio de la legítima defensa, en el sentido de justificar la resistencia contra los actos de los agentes de la autoridad, cuando el que resiste considere que el acto vulnera su libertad, o la de un tercero.

“Por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta.....”, empieza diciendo la regla transcrita. Y el código de 1890, numeral 1º del artículo 591, decía: ‘En el (caso) de la necesidad de ejercer la defensa legítima, etc.’ Es decir, que el punto de partida en ambas legislaciones es uno mismo: la necesidad del sujeto violentado e impedido a obrar, que en el código viejo servía de base a la eximente de responsabilidad y en el nuevo configura la causal de justificación, ya se tra-

te de la defensa de la vida, de la libertad o de los otros bienes comprendidos en la fórmula copiada. De suerte, pues, que la reforma es apenas un desarrollo lógico del principio en que se funda la legítima defensas.

“Los elementos constitutivos de la institución tampoco han sido alterados en ningún sentido. Tanto el antiguo como el nuevo estatuto penal exigen para legitimar el hecho, que haya sido necesario ejecutarlo por causa de una agresión o violencia injusta. Tratándose de providencia emanada de un funcionario — y más si éste pertenece al órgano judicial del poder público — es inaceptable calificar de agresión o de violencia injusta lo que no es otra cosa que el normal ejercicio de la autoridad.

“La violencia que es lícito resistir, impedir o repeler se manifiesta por las vías de hecho, sin derecho y contra el derecho. El mandamiento de detención provisional del sindicado es un acto procesal, de apremiante cumplimiento y de orden público, como todo lo que se relaciona con la jurisdicción penal. Ese acto de la autoridad no puede reputarse como acto de violencia contra el cual sea lícito resistir, aunque parezca ilegal a quien no lo ha proferido y aunque posteriormente sea revocado, porque se incurrió en un error inicial de apreciación, o porque en el curso de la investigación fueron desvirtuados los cargos contra el acusado.

“Cosa distinta sería un acto de fuerza brutal, carente en absoluto de apoyo en la ley, de un agente o subalterno de la autoridad. En este caso el rechazo sería lícito por no tratarse de un acto de la autoridad.

“La providencia desobedecida por el Gobernador..... procedía de un Juez que tenía competencia legal para dictarla. Era funcionario de instrucción y como tal actuaba”.

Las consideraciones anteriores tienen aplicación en el presente caso. Quien ordenó el arresto del señor Santamaría fue un individuo investido de autoridad, con

facultad para imponer penas correccionales y ya se dijo que no era función del Gobernador examinar si ese empleado obró abusando de su poder y fuera de las formas legales.

Extremando los principios de la escuela penal clásica y remontándose el juzgador a la antigua teoría del pacto social—fundada sobre la idea de los derechos individuales anteriores al Estado — acaso podría hallarse justificación para un acto de la naturaleza del que se estudia. Esos principios, llevados a sus últimas consecuencias, daban ocasión para calificar como lícita la resistencia a los actos de la autoridad cuando el ciudadano los consideraba, por sí y ante sí, violatorios de sus derechos. En la época en que la legislación penal y la jurisprudencia se inspiraron en la doctrina del derecho contractual, se decía que el individuo, al resistir a tales actos, inclusive por la fuerza, reasumía la defensa de sus derechos originarios, que voluntariamente había delegado en el Estado. Se admitía que el individuo era libre de apreciar en conciencia el mandato recibido de la autoridad y, si lo hallaba arbitrario o injusto, no sólo podía sino que debía desobedecerlo, en guarda de sus derechos y de los de la comunidad.

La doctrina de la defensa social, en la cual se inspira el nuevo Código, no permite aquella artificial composición para desvirtuar el carácter antijurídico del hecho imputado al Gobernador. Conforme a los nuevos principios, que en esto coinciden con los espiritualistas, la defensa de las personas y de sus bienes, es función propia del Estado, adscrita a uno de sus órganos, y sólo se justifica la defensa privada, en su forma individual, dentro de los extremos que dan lugar a ella, según la ley.

El predominio de la defensa social sobre la defensa individual es la tesis moderna que viene cabalmente a rectificar la antigua teoría del individuo contra el Estado.

Si el Juez que impuso el arresto abusó

de su autoridad, la orden de libertad dada por el Gobernador ¿entraría en el plano de la legítima defensa de los derechos de un tercero, porque este último funcionario tenía el deber primario de protección de las personas y de sus bienes, inherente a su condición de autoridad? No. La autoridad — dijo la Sala en el precitado auto — no impone a quien la ejerce deberes implícitos, es decir, no previstos expresamente en la ley, en relación con las funciones jurídicas del Estado. Ninguno de los preceptos constitucionales, por sí mismos, o relacionados con los principios de la reforma penal de 1936, sugiere el ejercicio de la autoridad fuera de la ley, así se trate de la defensa o seguridad social.

“Las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”, dice uno de los principios generales de la Constitución Nacional, redactado ya bajo la influencia de las nuevas doctrinas del derecho social (acto legislativo número 1° de 5 de agosto de 1936, artículo 9. Nueva codificación constitucional, artículo 15). Este artículo, que modifica el 19 de la Constitución de 1886, no es otra cosa que una síntesis de los deberes del Estado, sin que por razón de su doctrina, ni por ninguna otra, pueda interpretarse en el sentido de que las autoridades, o los funcionarios con autoridad, tengan indistintamente, cualquiera que sea el orden a que pertenezcan, una facultad propia, común a todos, en lo que concierne a la protección y seguridad social, cuyo uso quede al prudente arbitrio de tales funcionarios. No. Este y todos los deberes de las autoridades están reglamentados de acuerdo con el sistema de la separación, limitación y coordinación de los órganos del poder público, sin que sus reglas puedan ser traspasadas lícitamente, pretendiendo los agentes de la autoridad realizar por sí mismos todos los fines del Estado. Así, por ejem-

plo, las autoridades administrativas tienen un campo de acción limitado, como agentes del órgano ejecutivo, y en lo tocante a la función judicial — la más independiente de todas, aun dentro de la enmienda constitucional de 1936 — les corresponde únicamente aportar los medios que a ella le faltan para la efectividad de sus providencias. Este es un deber de auxiliar, como lo dicen la Constitución y las leyes. De ningún modo una facultad de control. Auxiliando la justicia en cada caso, dentro de los precisos términos de la ley, y no extralimitando por ningún concepto sus funciones propias, es como las autoridades administrativas colaboran y contribuyen a realizar el funcionamiento armónico de los órganos del Estado.

“El conflicto producido por la resistencia individual contra los actos de la autoridad que obra en ejercicio de sus funciones no puede, pues, resolverse a favor del que resiste, admitiendo que obra en legítima defensa de sus bienes o de los de un tercero”.

Finalmente, el recurrente discurre en torno de los términos del artículo 171 del código penal y del significado que, según Esriche, tiene la palabra arbitrariedad, para sostener que no fue arbitrario el acto de que se acusa al Gobernador Jaramillo Sánchez.

Según la argumentación del señor defensor, las atribuciones legales de los funcionarios no es lo que debe servir de guía para examinar la legitimidad de sus actos, sino el “sentido”, el “móvil”, el “efecto” que produzcan. Es decir, que el empleado público puede actuar fuera de su órbita legal sin incurrir en abuso de autoridad, con tal que sus actos tiendan a favorecer derechos de tercero que considere injustamente amenazados o violados.

No comparte la Corte ese razonamiento. Si la bondad del móvil y la justicia intrínseca del acto fuesen la norma que ha de prevalecer en los agentes de la autoridad para determinarlos a obrar, y ese

fuese también el criterio del juzgador al examinar la conducta del funcionario acusado, entonces carecería de sentido el artículo 16 de la Constitución y de finalidad de las leyes que determinan el radio de acción de los funcionarios públicos, según el orden a que pertenezcan.

El principio de legalidad, invocado simultáneamente para condenar la conducta del Juez y defender la del Gobernador, dejaría de ser la norma reguladora de la actividad jurídica del Estado si cada funcionario asume la facultad de resolver libremente que determinados actos de las autoridades no deben cumplirse porque los consideran arbitrarios o injustos, fundándose en los reclamos e informaciones particulares que reciban.

Sabido es que conforme la organización jurídica del país los empleados públicos no pueden hacer sino lo que expresamente les permiten las leyes y en la forma establecida por ellas. Si dentro de la misma jerarquía judicial sería anómalo que el inmediato superior ordenase de plano suspender los efectos de la providencia del inferior que no ha sido sometida a su revisión de acuerdo con los trámites establecidos, cuánto más lo será que dicha orden proceda de autoridad perteneciente a órgano distinto del poder público.

En resumen: aun dando por seguro que el Juez Muñoz y Vieira obró contra el derecho al ordenar el arresto del señor Santamaría, la Sala no encuentra en el informativo motivo que justifique, en el campo legal, la orden de libertad dada por el Gobernador.

De consiguiente, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO ACCEDE a la reposición solicitada por el doctor Jesús Echeverri Duque, defensor del procesado.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Absalón Fernández de Soto — José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre.
Julio E. Argüello R., Srío.

SALVAMENTO DE VOTO

Sin haber tenido nunca vacilaciones de ningún género, más firme que antes es hoy mi convicción de que el Gobernador de Antioquia, señor Alberto Jaramillo Sánchez, no cometió el delito a que este proceso se contrae.

Y la Corte debió reponer el auto de apertura de causa para dictar, por el cargo de abuso de autoridad, el sobreesimiento definitivo que a favor de aquél solicitara el señor Procurador.

Más no escuchó la mayoría los claros motivos expuestos por ese funcionario, ni los que escribí de folios 52 y 55, ni la petición del señor defensor en el sesudo memorial de folios 65 a 72.

Consideré y sigo considerando que la mayoría desconoció arbitrariamente los tres principios de carácter absoluto que estudié en mi anterior salvamento de voto, y que a lo llamado "acto arbitrario" del gobernador Jaramillo Sánchez dio la Sala una acepción que no se ajusta al léxico de la lengua castellana ni al sentido jurídico del vocablo arbitrariedad.

Y ahora sólo tengo que decir esto:

1º Enmiendo mi opinión de que el gobernador obró mal en lo que hizo. Nó! Obró bien, sin dañada intención y con el recto propósito de reparar un atentado incalificable.

2º Se vio el gobernador en la imprescindible necesidad de defender el bien moral de la libertad de un ciudadano, víctima del inicuo atropello de un juez que, abusando de sus funciones él sí, degeneró de su investidura oficial;

3º No me retracto, ni en una palabra, de la tesis de legítima defensa que hube de extender cuando salvé mi voto en el enjuiciamiento de otro gobernador, el señor Pedro Castro Monsalvo (Gaceta Judicial, número 1959, de agosto y septiem-

bre de 1940, páginas 886 a 892), caso idéntico en el fondo al del gobernador Alberto Jaramillo Sánchez. Profeso la tesis expresada entonces, no como una insinceridad que mi propia conciencia me reproche. No como algo que sea capaz de dejarme dudas. Ni siquiera como materia atrevida y peligrosa. La profeso con profunda certidumbre completa y pongo en ella mi fe, porque es el resultado de intensas meditaciones de mucho tiempo. Y la admito como una verdad elemental y sencilla, naturalmente dentro de los límites precisos que le tracé;

4º Jamás podré explicarme, ni se lo explican quienes han conocido el asunto, por qué la mayoría, forzando el diáfano texto del artículo 171 del Código Penal para acomodar en él al gobernador enjuiciado, estranguló, en contra del reo, la interpretación de ese precepto con la extraña inteligencia de que "la partícula o, que separa los términos arbitrario e injusto, no es conjunción copulativa sino disyuntiva, que separa de modo completo dos hipótesis", la del acto arbitrario de por sí y la del acto injusto "que perjudique intereses privados";

5º La peregrina teoría que sustentan mis dos colegas de que los Códigos Penales de 1890 y 1936 no exigen dolo ni intención para que sean reprimidas las acciones u omisiones antijurídicas de los empleados públicos, teoría que ataca de lleno la noción del delito (artículos 1º y 2º del Código antiguo, y 12 del nuevo), es nada menos que la aplicación o traslado a la infracción delictuosa del principio establecido únicamente para las contravenciones en el artículo 13 del Código de 1936: que en las contravenciones la simple acción u omisión hace responsable al agente. Con semejante aserto, tan repug-

nante a lo racional, el gobernador Jaramillo Sánchez será fatalmente condenado. Se le coloca en una irremediable situación más desventajosa que la de que disfrutaban los reos comunes o particulares. Se le quita toda posibilidad de defensa. Reduciéndose el debate del proceso a una cuestión de puro derecho, pues la sola y simple acción que se le imputa lo hace responsable, la condenación de Jaramillo Sánchez es infalible, segura, cierta. Allí está el hecho que ejecutó y el hecho basta y sobra para que el peso de la ley lo abruma. Qué otros hechos y circunstancias puede oponer y alegar en su defensa? Ningunos. No le queda sino el recurso de que sus jueces de mayoría rectifiquen el grave error en que incurrieron. Una quimera esperararlo. Ya pasó el momento en que pudo hacerse la rectificación. Al cabo de veintiún meses y veinte días se realizaría la prescripción de la acción penal. Mas eso, que rechazará la dignidad del ex-gobernador enjuiciado, no depende de él sino de una lentitud de la Corte, lentitud en que la Corte no incidirá; y

6º Habla la mayoría de que los actos de los funcionarios públicos, violatorios de los deberes que el cargo les impone, y que se denominan por antonomasia delitos de responsabilidad o delitos públicos,

emanan, en las reglas de la legislación penal de 1890 y en las del Código de 1936, del artículo 16 de la Constitución, el cual preceptúa:

“Los particulares no son responsables sino por infracción de la Constitución o de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas”.

Qué quiso significar la mayoría? A qué viene el argumento que no he podido comprender? Cuándo será punible un particular, o un empleado público, por infracción de la Constitución, si en la ley penal no estuviera expresamente señalada la infracción como hecho delictuoso? Y cuándo será punible un funcionario público por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de ellas, si dichas extralimitación y omisión no estuvieran expresamente fijadas en la ley penal como delito? Lo verdadero es que las personas particulares y los funcionarios públicos no son responsables sino por violación de las leyes penales.

Bogotá, catorce de octubre de mil novecientos cuarenta y uno.

Campo. Elías Aguirre — Julio E. Argüello R., Srio.

RECURSO DE REVISION

La retractación de los testimonios tenidos, primero por el Juez y luego por el Tribunal, como parciales, por motivos de amistad o de miedo, no alcanza a tener el valor suficiente que el caso tercero del artículo 571 de la ley 94 de 1938 requiere, para obtener el recurso extraordinario de revisión.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, septiembre doce de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Campo Elías Aguirre).

Vistos:

Luis Guevara, condenado en el Tribunal Superior de Bogotá a diez años y ocho meses de presidio por la muerte violenta que le ocasionó a Luis Eduardo Fonoll, ha propuesto ante esta Sala de la Corte el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia ejecutoriada de dicho Tribunal, invocando el caso 3º del artículo 571 de la Ley 94 de 1938.

Como ya se cumplieron las formalidades de sustanciación que esa ley indica, y como a la Corte le toca conocer privativamente de dicho recurso (número 1º del artículo 42, ibídem), hoy lo decide la Sala.

Resultando:

1º Con la demanda envió Luis Guevara lo siguiente: copias auténticas del denuncia de Jorge Pinilla, de las declaraciones de Rafael León Ramos y Rosa Puerto, de los careos entre Guevara y la Puerto y Ramos, del auto de proceder y de los fa-

llos condenatorios en una y otra instancia, y originales unos testimonios extrajuicio de los citados Pinilla y la Rosa Puerto;

2º En el término de pruebas se recibieron las atestaciones de Eduardo Galindo y Alberto Zamora, y se practicaron careos de Guevara con la Puerto y Pinilla;

3º Los tantas veces referidos Jorge Pinilla o Jorge Enrique Muñoz Pinilla y Rosa Puerto, presenciaron el homicidio que cometió Luis Guevara en la persona de Luis E. Fonoll, lo mismo que Rafael León Ramos, mediando el significativo hecho de que fue Pinilla el denunciante del delito, dándole a Guevara el apodo de "Hiladillas";

4º Ramos y la Puerto, en las actas de careo (3 y 4, 6 y 7) y en la información sumaria (23 v. a 24 v.), aseguraron que el procesado Luis Guevara no era el Luis Guevara matador de Fonoll;

5º El testigo Ramos, veintidós meses después del homicidio y de su acusación a Guevara, fue cuando afirmó que el Luis Guevara que tenía a la vista no había sido el Luis Guevara autor del delito, y la retractación de la Puerto tuvo lugar al cabo de unos dos meses del suceso;

6º Eduardo Galindo y Alberto Zamora (40 a 42), sujetos que no figuraron en el sumario ni en el juicio de Guevara, pretenden establecer una coartada de éste, transcurridos más de cuatro años desde la fecha del homicidio, y en síntesis manifiestan con sospechosa uniformidad; que en una casa de prostitutas permanecieron con Guevara de las seis o siete p. m. del 26 de abril de 1936 (noche del homicidio) hasta horas avanzadas del amanecer del 27; que les causó sorpresa la noticia en un periódico de que Luis Guevara había matado a un señor Fonoll, su-

poniendo ellos que se trataba no del amigo sino de un homónimo; que una señora María les contó, dos o tres meses antes de septiembre de 1938, que Guevara se hallaba preso sindicado del homicidio de Fonoll, y que fueron a la cárcel a visitarlo y allí recordaron que efectivamente estuvieron los tres juntos la noche del 26 al 27 de abril de 1936. Galindo y Zamora explican que, al saber por la prensa, sorprendidos, el homicidio en Fonoll que ejecutó Luis Guevara, no avisaron a la autoridad la coartada del compañero porque nadie los llamó o citó;

7º En nuevos careos de Pinilla y la Puerto con Guevara (43 a 48), vuelven a sostener los dos primeros que el Luis Guevara, matador de Fonoll, fue uno distinto del reo, y señalan al homicida con una rara precisión de detalles, cuatro años y cinco meses después del homicidio, detalles que también suministró Rafael León Ramos pasados veintiún meses del delito; y

8º El señor procurador delegado en lo penal solicita que se niegue la revisión, y el doctor Félix Villate, apoderado de Guevara, estima que el recurso debe prosperar y cita los artículos 1º de la Ley 33 de 1909 y 571 del Código de P. P., mezcla de citas que ya había hecho el propio reo en la demanda de fs. 25 a 27.

CONSIDERANDO:

a) Iniciado por Luis Guevara este proceso de revisión el 4 de junio de 1940, las disposiciones que lo rigen son las de la Ley 94 de 1938, conforme al inciso primero del artículo 722 *ibidem*. De suerte que inconducentes resultan aquí las referencias a la Ley 33 de 1909;

b) El caso 3º del artículo 571 de la mencionada Ley 94 de 1938, causal a que también aluden el condenado Guevara y el doctor Villate, es el siguiente: "Cuando alguno esté cumpliendo condena y se demuestre que es falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo";

c) Con las copias de fs. 1 a 7 (rectificaciones o retractación de Rafael León Ramos y Rosa Puerto) no se puede probar aquel motivo de revisión, sencillamente porque la circunstancia de haber infirmado la Puerto y Ramos sus testimonios es una desvirtuación que se debatió en el enjuiciamiento de Guevara, en el Jurado y en las sentencias del Juez y del Tribunal Superior. Y se debatió el punto, no creyendo el Jurado ni los falladores de derecho en la verdad de las informaciones de esos sujetos, y más bien persuadidos de que un deliberado propósito de mentir impulsó a Ramos y a la Puerto, por un interés de amistad hacia Guevara o porque éste les inspirara temor o miedo. Discutida y apreciada la materia en los dos grados del juicio, es lo cierto que revivir ahora la controversia equivale a promover una tercera instancia;

d) Tampoco sería posible, por iguales obstáculos, demostrar la falsedad de la prueba que determinó la condenación de Guevara con las declaraciones extrajudiciales de fs. 23 v. a 24 v. y con los recientes careos de fs. 43 a 48, puesto que Rosa Puerto y Jorge Pinilla, en tales careos y declaraciones, no hacen sino repetir la dolosa infirmación de sus testimonios que comprometían al homicida condenado, infirmación que ningún crédito les mereció a los Jueces de hecho y de derecho. "Además, escribe el señor Procurador, si como lo asegura el acusado Guevara la prueba que lo compromete es falsa, falsa también debería ser la retractación que hicieron los testigos sobre la posible existencia de otro Luis Guevara, desde luego que los testimonios de Rosa Puerto y Jorge Pinilla sirvieron para determinar la condenación del demandante, relacionándolos con otras pruebas del proceso. La retractación de esos declarantes fue tomada por los juzgadores como un medio defensivo, y nada más; de suerte que, para ellos, los testimonios primitivos de aquellos sujetos siguieron conservando su fuerza incriminativa contra Guevara";

e) La supuesta coartada de Luis Gue-

vara al decir de Eduardo Galindo y Alberto Zamora, no es un caso de revisión que toque con el 3º del artículo 571, Ley 94 de 1938. Es, como lo entiende la Procuraduría, "la revelación de un hecho nuevo después de proferida la sentencia condenatoria", cuestión que lleva al caso 5º *ibidem*, el cual dispone: "Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad";

f) De esa causal del número 5º no se trató ni por asomo en la demanda, y, entonces, la Corte no puede ni debe estudiarla, aun cuando sí es importante anotar que Galindo y Zamora infunden un profundo recelo incontrastable surgido de estas reflexiones: Luis Guevara, a raíz del homicidio, dice no recordar en dónde se encontraba la noche del 26 al 27 de abril de 1936; se adelanta y se fenece el juicio en el Juzgado 3º Superior y en el Tribunal de Bogotá, y el reo ni menciona la coartada para defenderse; todavía en la demanda de revisión calla o guarda silencio en el particular; únicamente en el plazo de pruebas del actual recurso cae en la cuenta de que Eduardo Galindo y Alberto Zamora estuvieron con él, a la hora del delito, en un sitio distante del en que mataron a Fonoll; "una señora María" busca a esos dos individuos, los encuentra separadamente, a cada uno le habla y la conversación concluye por hacer los testigos nítida memoria de que acompañaron a Guevara la noche del 26 al 27 de abril de 1936; y así lo declaran cuatro años y cinco meses después del homicidio; va cada uno a la cárcel, también separadamente, y en la visita al reo confirman el recuerdo; y rinden sus testimonios el 4 y el 6 de septiembre de 1940, y el relato del uno es igual al del otro; y conocen en los periódicos, desde abril de 1936, que un Luis Guevara habíale dado

muerte a un Fonoll la noche aquella, y se quedan tranquilos casi cuatro años y medio, a pesar de la sorpresa que experimentaron, sólo porque no los llamaron a declarar. "Es, pues, inverosímil, dice el señor Procurador, la prueba de última hora traída para establecer la coartada. Y como la verosimilitud es la 'piedra de toque' de toda prueba, lo que la hace aceptable, síguese que dondequiera que ella falte, faltará también a la prueba su fundamento de verdad que debe inspirarla". Y es inverosímil que al fin de tanto tiempo Zamora y Galindo pudieran retener la fecha y el punto y los menudos pormenores que precisaron; y

g) Jorge Pinilla o Jorge Enrique Muñoz Pinilla, Rosa Puerto y Rafael León Ramos, tampoco son testigos que merezca ni el más mínimo crédito en sus retracciones. Acusaron a Luis Guevara porque lo vieron matar a Luis E. Fonoll; y Pinilla o Muñoz Pinilla es tan explícito y contundente, que particularizó a Guevara, en el denuncia, con el alias de "Hiladillas". Y con ese mote se conocía al Guevara, condenado, en el Gabinete Central de indentificación.

De acuerdo con las razones expuestas y con el parecer del señor Procurador delegado, la Corte, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, NIEGA la revisión propuesta por Luis Guevara.

Investíguese el probable perjuicio o falso testimonio de Pinilla o Muñoz Pinilla, la Puerto, Ramos, Galindo y Zamora.

Al efecto, sáquense las copias correspondientes y envíense a los Jueces del Circuito penal de Bogotá.

Notifíquese, cópiese, archívese e insértese en la Gaceta Judicial.

NO PROSPERA LA CAUSAL DE INJUSTICIA NOTORIA DEL VEREDICTO CUANDO ESTE SE FUNDA EN PRUEBAS QUE EL RECURRENTE CONSIDERA CON TRADICTORIAS O DUDOSAS.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, veintiocho de octubre de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Absalón Fernández de Soto).

Julio César Alcázar, autor de homicidio en la persona del doctor Juan Antonio Navarro, interpone recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali que lo condenó a quince años de presidio.

Invoca las causales 2ª y 5ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931.

La segunda dice así:

“Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley”.

La razón que aduce para justificar esta causal es que la persona que figura en la lista formada por el Tribunal es distinta de la que actuó como jurado en el proceso. El traslado del expediente —dice— se le dio a una persona que no era la misma que figura en la nómina de jurados que reposa en la secretaría del juzgado primero superior.

Refiriéndose a este reparo dice el señor procurador:

“...en el sorteo de jurados salió elegido ‘Jorge E. Bejarano’, pero el traslado del expediente se le corrió a Jorge Bejarano, quien intervino en la audiencia y dio su veredicto. De aquí deduce el acusado que se trata de dos personas distintas y actuó como juez de hecho uno que no tenía jurisdicción para ello.

“Al respecto se abrió un incidente en

el Juzgado antes de proferir sentencia. Y entonces quedó plenamente esclarecido que el señor Jorge Bejarano es la persona que siempre ha intervenido como juez de hecho, no teniéndose a Jorge E. Bejarano como sujeto distinto.

“La declaración del oficial mayor del juzgado, señor Leonicio Izquierdo, antiguo amigo de Bejarano y condiscípulo de él, aclara toda duda al respecto. Dice Izquierdo, después de relatar sus antecedentes de amistad con Bejarano, lo siguiente:

“Aun cuando al Tribunal Superior le corresponde formar las listas de jurados y siempre lo ha hecho así esa entidad, generalmente de este juzgado se ha remitido a aquella oficina un proyecto de lista, la que por lo regular me ha tocado confeccionar a mí, y siempre he incorporado en dicha lista el nombre de ‘Jorge E. Bejarano’, por conocerlo desde que estudiamos juntos y en la creencia de que su nombre era ese, así con la ‘E’; pero en todo caso es el mismo que estudió conmigo, trabajó en los correos nacionales, en la empresa de luz y actualmente es empleado de la casa de Carlos Leib, y ha servido, entre otras causas o procesos, el cargo de jurado en las audiencias de Jonás Cruz Mendoza y Julio César Alcázar”.

“De suerte que sí resulta establecida la identidad del jurado que figura en la lista elaborada por el Tribunal, y pretender a última hora sembrar la incertidumbre sobre ese hecho, es cosa que carece de seriedad en un recurso extraordinario como el de casación”.

Conforme a la anterior explicación, que la Sala ha confrontado debidamente, carece de fundamento la causal segunda.

El texto de la causal quinta es como sigue:

“Ser la sentencia violatoria de la ley, por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, siempre que esta cuestión haya sido debatida previamente en las instancias”.

La cuestión relativa a la injusticia del veredicto se alegó, sin éxito, en las respectivas instancias. El recurrente la plantea de nuevo ante la Corte, reiterando que desde el auto de proceder se dio al hecho una calificación que no correspondía a la realidad. El acusado dice que obró sin premeditación y en momentos en que el doctor Navarro trató de dispararle primero. Alega que en la diligencia de folios 69 “consta que uno de los proyectiles —se refiere al revólver del doctor Navarro— había sido martillado en el aro del fósforo, sin haber dado fuego”. Ataca los testigos de cargo, unos porque son menores de 18 años, otros porque sus declaraciones las estima contradictorias y otros porque, según él, se hallaban en sitio y circunstancias que no les permitían percibir perfectamente los pormenores del suceso.

Las declaraciones relativas a los antecedentes del conflicto y que, según los autos, demostraron la premeditación con que obró Alcázar, son materia de especiales objeciones en el escrito que dirige a la Corte. Dice que Antonio Mosquera es su enemigo personal; que lo expuesto por los testigos Antonio José Ramírez e Isaac Martínez sobre su presencia y actitud sospechosa en la tienda de Francisco Rada, la noche anterior a la tragedia, fue asunto que él explicó en el interrogatorio a que lo sometió el juez en la audiencia pública y agrega que su propósito, en la mañana y hora en que dio muerte al doctor Navarro, era viajar a la ciudad de Cali; que así lo comunicó a Salvador Arcila, Gonzalo Ospina y Jacobo Possú; quienes en tal sentido declararon. Hace luego consideraciones jurídicas sobre la premeditación y una erudita exposición encaminada a sostener que el suyo es un caso “típico de legítima defensa subjetiva”.

La Sala ha examinado a espacio todas las piezas del voluminoso expediente. Las alegaciones hechas por las partes en la audiencia pública, las pruebas de cargo y las de descargo y en general los elementos probatorios que pudieron servir al Jurado para formar su juicio, han sido objeto de cuidadoso estudio.

La defensa estuvo desempeñada por distinguidos abogados. El vocero y el defensor de Alcázar, en la celebración del juicio, realizaron meritisimos esfuerzos por salvar al acusado de un veredicto condenatorio. No hubo argumento en favor de éste, de los expuestos en la demanda de casación, que no se hubiera aducido oralmente ante el Jurado y alegado luego, por escrito, ante el juez sentenciador.

La premeditación y demás elementos constitutivos del delito imputado; la situación de sujeto en trance de defenderse de un ataque imprevisto en que se colocó Alcázar al ser indagado; la declaración de Pedro Antonio Sánchez, singularmente favorable al acusado; las diferentes hipótesis sobre la posición física del doctor Navarro al disparar Alcázar sobre él; lo que opinan al respecto los médicos legistas y los peritos en balística; la idoneidad de los testigos en que se funda la acusación; los reparos hechos al testimonio de Sánchez; la verdad de los relatos de los testigos presenciales, teniendo en cuenta ciertas diferencias entre las declaraciones que rindieron a raíz del suceso y las que se les recibieron posteriormente a título de ampliación; si el doctor Navarro esgrimió o martilló su revólver al ver a su enemigo, asumiendo actitud de ataque análoga a la de éste, o si apenas alcanzó, ya herido mortalmente, a sacar dicha arma, cayendo exánime a tierra en el momento en que quiso valerse de ella. En fin, los elementos de prueba de carácter más o menos dudoso que suministra el informativo, y que en esta clase de procesos la ley deja a la libre apreciación de los jueces de conciencia, son la base de las alegaciones encaminadas a sustentar la causal quinta de casación.

Tanto el juez como el Tribunal negaron la solicitud de injusticia notoria porque no hallaron asidero para declararla. El Jurado tenía amplia facultad para desestimar la declaración de Antonio Mosquera, de acuerdo con las solicitudes de la defensa, o para admitirla por hallarla conforme con otros datos del proceso relativos a la premeditación. Las modificaciones que, según la defensa, se observan en las declaraciones rendidas en diferentes épocas por los testigos del hecho, bien pudo el Jurado admitir que no implican contradicción esencial, o considerar que la verdad está contenida en las informaciones que sin reservas o reticencias suministraron a primera hora a la justicia. A la luz de la crítica científica del testimonio ambas hipótesis pueden sustentarse.

Punto especialmente controvertido fue si el doctor Navarro alcanzó o no a martillar su revólver. De un lado hay cuatro testigos que tuvieron oportunidad de revisarlo inmediatamente después de ocurrida la tragedia y, del otro, la diligencia de reconocimiento de los proyectiles, efectuada el 3 de enero de 1938. A este respecto se lee lo siguiente en el fallo de primera instancia:

“Ahora bien, en la diligencia a que alude el señor defensor, expresaron los peritos, en relación con el examen que hicieron de diez proyectiles que les fueron presentados como correspondientes al revólver del occiso (Cdn. 1º, f. 69 vto.): ‘Uno de los proyectiles de los primeramente mencionados se encuentra el fulminante amartillado y podemos conceputar de que dicho proyectil ha sido amartillado con revólver ordinario porque la señal que tiene el fulminante está fuera de su centro que es donde la mayoría de las veces pega la uña del gatillo de revólver fino’.

“Bien pudo el Jurado desatender este dictamen pericial, y darle mayor crédito a los testigos que examinaron el arma inmediatamente después de ocurridos los sucesos, y dijeron que no tenía ningún ‘cartucho amartillado’, y más si se considera que ese número plural de testigos,

legalmente constituye plena prueba. Ahora, el que el funcionario de instrucción pudo haberse equivocado al recibirles declaraciones a esos testigos, e hiciese constar de manera negativa lo que aquellos aseveraban de manera afirmativa, es una hipótesis que carece de fundamento, extraña a los elementos que han de estimarse para resolver si el veredicto es o no contrario a la evidencia”.

Y en cuanto a la credibilidad del testimonio de Pedro Antonio Sánchez, el Tribunal le hizo desde el auto de proceder la siguiente glosa:

“Considerando que si por razones de crítica testimonial debe prescindirse de algunas declaraciones, como son las de aquellas personas que señalan a Alcázar en situación de acechanza, esa crítica debe ejercerse también con la declaración de Pedro Antonio Sánchez, piedra angular de los apoderados y defensores de Alcázar para sostener que éste fuera injuriado por Navarro, en cuya boca pone el testigo palabras que no están de acuerdo con las que el mismo Alcázar en su indagatoria refirió. Porque esta declaración fue tomada el treinta y uno de diciembre de mil novecientos treinta y siete, es decir, cuatro meses y seis días después de haber ocurrido el hecho, pretextando el declarante no haber querido presentarse a la autoridad por evitarse enemistades, lo que no le impide, sin embargo, declarar y al hacerlo manifiesta que es muy buen amigo de Alcázar y tiene con él relaciones desde hace diez años. Y ¿cómo es posible suponer que un amigo de esa clase se sustraiga a un deber legal y de amistad como es el de darle a la autoridad un dato tan importante y que podría mejorar la situación de su amigo ante la justicia y ante la sociedad?”

Como se ve, las objeciones que el acusado somete al estudio de la Corte, no suministran base para sostener razonablemente que el Jurado incurrió en injusticia notoria. Así hubo de reconocerlo el Tribunal, en brevísimas consideraciones, sin duda por tratarse de puntos que habían

sido extensamente tratados en providencias anteriores.

El señor procurador delegado en lo penal, desarrollando la demanda de casación, expone las tachas que le merecen los testimonios de cargo, que él considera fundamentales hasta el punto —dice— “de hacer surgir profundas dudas acerca de su veracidad”. Dos versiones, anota antes, tuvo el Jurado a su consideración: “la del acusado Julio César Alcázar y el testigo Pedro Antonio Sánchez, según la cual, la víctima fue quien primero insultó y acometió a Alcázar con revólver en mano, viéndose éste en la necesidad de defenderse; y la de los testigos Jacobo Possú, Jorge Rodríguez González, Gonzalo Ospina, Antonio Beáitez y Jorge Ortiz González, conforme a los cuales Alcázar atacó sorpresivamente al doctor Navarro, sin mediar agresión alguna de parte de éste, quien, ya en estado agónico y cuando caía al suelo, esgrimió su revólver, que no tuvo tiempo de disparar”.

Pero, —advierde el señor procurador—, “los juzgadores acogieron esta segunda versión y optaron por calificar el homicidio con caracteres de la más alta gravedad”.

Según lo observó ya la Corte, el Jurado, después de intenso debate público, que se prolongó por varios días y en el cual se contemplaron todos los aspectos del hecho materia del proceso, contestó afirmativamente los interrogatorios. No agregó palabra alguna a su respuesta simple, lo que significa que no estimó que el acusado hubiera cometido el homicidio en circunstancias diversas de las propuestas en los cuestionarios. ¿Que los testimonios contra el acusado, examinados a la luz de la crítica legal, presentan flancos vulnerables? Así es. Más a pesar de sus imperfecciones, ante el veredicto afirmativo del Jurado, se impone al juez de derecho la conclusión de que en tales pruebas, y no en lo dicho por el reo o por Pedro Antonio Sánchez, hallaron los jueces de conciencia la verdad acerca de los he-

chos criminosos sometidos a su examen.

El señor procurador estudia también la diligencia de autopsia. Considerando el carácter mortal de las heridas y los estragos que inmediatamente debieron producir en el organismo de la víctima, su parecer es que el doctor Navarro, herido de muerte, “tuvo que desplomarse fulminado, sin tener tiempo alguno de echar mano al revólver y de tenderlo hacia su contendor”. Lúego el arma —dice— debió esgrimirla antes de ser herido”. Dada la importancia que le atribuye a esta observación, insinúa “la necesidad de un auto para mejor proveer en el sentido de oír a la oficina médico-legal de esta ciudad sobre las siguientes cuestiones a fin de disponer de una prueba más sólida al respecto:

“Primera. Si las heridas sufridas por el doctor Juan Antonio Navarro en ambos pulmones y en la columna vertebral, le produjeron inmediatamente la anemia aguda, la asfixia y la parálisis de los miembros inferiores, cayendo ipso facto al suelo.

“Segunda. Si a causa de la asfixia y de la anemia aguda, lo mismo que de la parálisis, el doctor Navarro sufrió en el acto un confuncionismo mental y una incapacidad absoluta para ejecutar actos de agresión y de defensa y especialmente para sacar revólver, y

“Tercera. Si esas heridas le produjeron la muerte rápidamente”.

La Sala, antes de asumir el estudio de fondo sobre la validez de la sentencia acusada, había deliberado ya, a solicitud del magistrado ponente, acerca del auto para mejor proveer con el fin indicado por su colaborador fiscal. A juicio de ella, esa medida, particularmente en el recurso de casación, no se justifica sino en casos excepcionales.

Por lo que hace a la consulta médico-legal sobre los tres puntos en cuestión, se considera innecesaria porque el proceso suministra información suficiente al respecto.

En efecto, se halla plenamente demos-

trado, mediante la diligencia de necropsia practicada por los médicos legistas de la ciudad de Cali, que el doctor Navarro recibió tres heridas, dos de ellas fatalmente mortales. En el cuadro anatómico allí descrito se indica que en la cavidad pleural había sangre en abundancia, "parte líquida y parte coagulada" y luego de precisar las características internas y externas de las heridas, su trayectoria, dimensiones, etc., dicen: "los dos proyectiles —se refieren a los que produjeron las lesiones mortales— entraron a la cavidad torácica, perforaron los pulmones derecho e izquierdo produciendo en consecuencia una gran hemorragia en estas cavidades (subraya la Corte).

La misma diligencia pone de manifiesto que dichos proyectiles lesionaron la columna vertebral, y los testigos mencionados atrás vieron, y así lo declaran, que producida la descarga de revólver sobre el doctor Navarro éste cayó en el acto a tierra.

El desfallecimiento del doctor Navarro, tan pronto como fue herido, fue un hecho observado por los testigos que le vieron caer soltando de la mano un revólver, lo cual revela que en ese momento se producía la cesación de su actividad vital, por anemia o por parálisis de sus centros motores, o, como dicen los facultativos de Cali, por hemorragia y conmoción medular. Lo cierto es que los testigos observaron que tras los disparos el doctor Navarro cayó exánime sobre la carrilera, en donde luego expiró. Y al final de la diligencia de autopsia se lee: "La causa inmediata de la muerte fue debida a la conmoción medular y a la grande hemorragia habida en las cavidades, siendo estas heridas fatalmente mortales".

De suerte que, según el dictamen médico, la muerte del doctor Navarro, más que rápida fue inmediata. Demostrado esto científicamente y visto por los testigos de la procelosa escena que la sacada del revólver y la caída, soltándolo, fueron en este caso hechos coetáneos, no hace falta la nueva consulta a los expertos

en medicina legal a fin de establecer que al ser herido perdió el conocimiento y la capacidad para ejecutar actos de agresión o defensa.

El punto de vista de que el doctor Navarro, al ser herido, quedó en incapacidad absoluta, "especialmente para sacar el revólver", supone que este acto requiere facultades físicas e intelectuales determinadas, imposibles en un sujeto en el momento de producirse las lesiones de que aquí se trata. Esta extrema tesis no podría acogerla el juzgador, pues la experiencia enseña, y la ciencia explica, que son frecuentes los casos de personas que sobreviven por tiempo breve o largo a esta clase de lesiones y ejecutan actos que requieren esfuerzo superior al mínimo que implica la sacada de un revólver.

Véase ahora lo que textualmente dicen los testigos presenciales en sus primeras declaraciones, rendidas a raíz del suceso:

Jacobo Possú, testigo citado por Alcázar: "el doctor Juan Antonio Navarro cayó al suelo en el momento en que sacaba el revólver".

Gonzalo Ospina: "No pude constatar cuándo el doctor Navarro sacó su revólver, pero sí me di cuenta de que cuando cayó al suelo el revólver que portaba salió hacia adelante".

El menor Antonio Benítez, muchacho de quince años de edad: "Navarro sacó un revólver de la cintura e inmediatamente lo largó y se cogió el estómago con las dos manos, se desmayó y cayó a tierra".

Cierto es, como lo anota el Procurador, que posteriormente, en la diligencia de careo con el acusado, este testigo dijo: "cuando el señor Alcázar se encontró con el doctor Navarro ambos sacaron revólveres", expresión que, a juicio de la Corte, no desvirtúa el dato precisado en la primera declaración del mismo Benítez, o sea que el doctor Navarro sacó un revólver e inmediatamente lo largó cayendo a tierra desmayado. Es decir, que los dos textos no son contradictorios y dejan, por tanto, en pie el hecho de que el doc-

tor Navarro no alcanzó a tender o esgrimir el arma sobre su contrario.

Por otra parte, el Jurado pudo darle mayor crédito a la relación circunstanciada hecha por el menor cuatro días después de los sucesos — el 29 de agosto de 1937 — ante la sola presencia del funcionario instructor, que a las declaraciones o respuestas que el mismo menor dio diez meses después—el 28 de junio de 1938— en presencia del acusado, o sea en circunstancias presumiblemente impropicias para recordar lo que vio y para reproducir en iguales términos lo que antes había declarado.

En las declaraciones del menor Jorge Rodríguez González no hay dato alguno sobre la presencia de revólver en manos del Dr. Navarro. La versión de que éste esgrimió y martilló su revólver sólo aparece en la indagatoria del procesado y en la declaración de Pedro Antonio Sánchez, sobre la cual hizo el Tribunal el comentario que se destacó atrás.

Ahora, para apreciar adecuadamente el veredicto, base de la sentencia acusada, es preciso tener en cuenta que, al lado de los datos que se dejan analizados, el proceso suministra otros elementos de juicio que, considerados en conjunto, pudieron servir a los jueces de conciencia para deducir que el acusado no sólo fue el agresor sino que premeditó el homicidio. Tales son:

Las amenazas a muerte de Alcázar contra Navarro, de que da cuenta Antonio Mosquera y que seguramente comunicó a éste, pues el testigo trabajaba en la hacienda "El Recreo", de propiedad del doctor Navarro. La grave enemistad existente, por razón de intereses, entre el homicida y la víctima, unida a dicha información, son circunstancias que explican por qué Navarro se hallaba provisto de revólver y puñalita, siendo de advertirse que para portar aquél había obtenido permiso de la autoridad (véase diligencia de levantamiento del cadáver).

La declaración de Salvador Arcila, quien refiere que, minutos antes del suceso, Al-

cázar entró a su tienda, "salió al andén y rápidamente volvió a entrar", diciendo: "servíme un trago ligero", y agrega el testigo: "se hizo o escondió detrás de la puerta y vi que sacó de los pantalones una cosa, me pareció que era un revólver, lo abrió y sonó el tambor al cerrarlo, pues el ruido que hizo al abrirlo y cerrarlo me convenció que era revólver, se lo echó al bolsillo derecho del pantalón y me dijo nuevamente: 'me hiciste dar ganas de otro', se lo serví de aguardiente y salió. Habían pasado unos dos minutos cuando oí una detonación de revólver, salí a la calle y oí la voz del doctor Juan Antonio Navarro que decía 'socorro, socorro, me han herido'."

La declaración de Antonio Benítez, quien insistentemente dijo haber visto a Alcázar acurrucado detrás de una plataforma o plancha mientras el doctor Navarro caminaba por la carrilera hacia ese lugar. Y la demostración objetiva que este testigo hizo en presencia del investigador y de numeroso público, en el teatro del suceso, acerca de la actitud en que vio al acusado (véase la fotografía número 2 del folio 37 del cuaderno 1º)

Finalmente, la información suministrada por el recaudador Alonso Ararat y por Joaquín Cuevas, Arturo Tovar y Jesús María Vanguero, de la cual aparece que el revólver del doctor Navarro, que dichos testigos examinaron inmediatamente después del suceso, no tenía ningún cartucho disparado ni siquiera martillado. Así lo declararon todos ellos de modo conteste, según se anotó en la primera parte de este fallo.

De suerte que el proceso, visto por el aspecto contemplado por la Procuraduría, tampoco suministra base en que fundar la causal sobre injusticia notoria.

En cambio, la Sala encuentra que tiene apoyo en los autos la causal cuarta invocada subsidiariamente por el Procurador, para el caso de que no se hallare pro-

bada la relativa a la injusticia notoria del veredicto.

La causal 4ª dice:

“No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, o estar dicha sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado”.

El Procurador la plantea y sustenta en los siguientes términos:

“El señor Juez Primero Superior de Cali, en su auto de proceder, le imputó a Alcázar un delito de asesinato.

“Apelado ese auto, el Tribunal, después de hacer algunas consideraciones sobre la traición y la alevosía, concluyó:

“El Juez ha hablado de indefensión y de desapercibimiento. Estos son factores que pueden entrar en la calificación de la responsabilidad de Alcázar, para los efectos de imponerle la pena, si allá se llega, y por eso la Sala no considera necesario ocuparse en ellos en esta etapa del proceso; y

“Considerando que es legal el auto apelado en cuanto afirma la responsabilidad de Alcázar por homicidio premeditado en la persona de Juan Antonio Navarro,

“Resuelve:

“Confirmase la providencia materia del recurso”.

“Claro resulta de aquí —anota el señor Procurador— que el Tribunal descartó las circunstancias modificadoras o específicas de asesinato, desde luego que manifestó expresamente que el auto recurrido era legal ‘en cuanto afirma la responsabilidad de Alcázar por homicidio premeditado’, que por lo que toca a la indefensión o desapercibimiento de la víctima sólo servirían como meros elementos accesorios para graduar la pena en el caso de una sentencia condenatoria. Con esa modificación sustancial, debe entenderse confirmado el auto de proceder.

“Luego hizo mal el Juzgado en formular un segundo cuestionario por circunstancias constitutivas de asesinato, que quedaron suprimidas en los considerandos del auto del Tribunal. Este, se repite, sólo dejó en pie un homicidio premeditado.

“Ya es muy sabido que el auto de proceder es como la demanda que el Poder Público formula al acusado para que éste sepa de qué debe defenderse y el Juez por qué debe condenar. Con esta demanda se garantizan los derechos del acusado y los de la sociedad, a fin de que haya verdadera lealtad en el debate y no se sorprenda a ninguna de las partes con cargos de última hora, que no han tenido la oportunidad de conocer.

“Así las cosas, la causal cuarta es evidente.

“Por tanto, a Julio César Alcázar sólo puede condenársele como autor de homicidio premeditado”.

Aunque la Corte no comparte la razón manifestada por el Tribunal para abstenerse de considerar las circunstancias de indefensión y desapercibimiento contempladas por el Juez de primera instancia en el auto de calificación del sumario, lo cierto es que las suprimió del pliego de cargos de que debía responder el acusado, y, suprimidas, no debieron incluirse en los cuestionarios sometidos al Jurado. El razonamiento del Procurador es, pues, lógico y su conclusión justa, ya que al procesado no se le puede condenar por cargos no formulados en el auto de proceder.

De consiguiente, prospera la causal 4ª, lo que implica la invalidación del fallo y el pronunciamiento por la Corte del que debe reemplazarlo.

El homicidio cometido por Alcázar es el contemplado en el artículo 595 del Código Penal de 1890, disposición aplicable al caso como ley preexistente y menos severa que la respectiva del nuevo estatuto.

De acuerdo con la solicitud del Procurador y teniendo en cuenta lo preceptuado por el artículo 123 de la obra primeramente citada, la calificación de la delincuencia se hace en tercer grado.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Delegado, y ad-

ministrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, invalida la sentencia del Tribunal Superior de Cali, fechada el 15 de junio de 1940, y en su lugar condena a Julio César Alcázar, mayor de edad, natural de Honda, soltero, agricultor e hijo de Manuel José Alcázar y Dioselina Rengifo, como responsable de homicidio en la persona del doctor Juan Antonio Navarro, a las siguientes penas: doce (12) años de presidio en el establecimiento que designe el Gobierno; pérdida de todo empleo o cargo público y de toda pensión pagada por el Estado; privación indefinida de los derechos políticos; pérdida del arma con que co-

metió el delito y pago de las costas procesales. Como parte cumplida de la pena se abonará al reo el tiempo que haya estado detenido por el referido homicidio.

Por el Juzgado de primera instancia se dará cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 16 del decreto número 944 de 1934.

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., Srío.

HOMICIDIO-ASESINATO — DEFENSOR DE OFICIO — NOTIFICACIONES A ESTOS.
CAUSAS DE NULIDAD DEL PROCESO PENAL.

1.—El Juez que remueve a un defensor de oficio cuyas actuaciones son un obstáculo para adelantar el proceso y lo sustituye por otro, en vez de atropellar o desconocer derechos del reo, obra rectamente. Ninguna norma legal le prohíbe al Juez, en esas circunstancias, el cambio de defensor de oficio por otro. El artículo 344 de la ley 105 de 1890 no estorba que el Juez, en caso de necesidad para la administración de justicia, pueda decretar la insubsistencia del nombramiento de un defensor de oficio. Mas debido a la naturaleza del acto no pasa igual cosa con el defensor que escoge el reo. Y es que como el artículo 343 de esa ley confiere a todo procesado que no quiera o pueda defenderse por sí el derecho de señalar defensor, no cabe en las facultades del Juez atentar contra ese derecho deponiendo al defensor que el reo nombre y designando a otro en su lugar. — 2.—En los negocios del ramo penal, en donde no ha habido ni hay la nulidad por ilegitimidad de la personería del defensor, sino ilegitimidad del acusador particular o del querellante (ordinal 2º del artículo 264 de la ley 57 de 1887, y número 2º del artículo 198, Ley 94 de 1938), la posible ilegalidad en el nombramiento de un defensor no resta eficacia a las notificaciones ni deja sin ejecutoria los respectivos autos y sentencias, con tal que el derecho de defensa no haya sido vulnerado. — 3.—La participación de los Jurados en la administración de justicia es ocasional y transitoria, y no están incluidos en la jerarquía llamada por la Constitución "Órgano Judicial". — 4.—Si fuera de los casos previstos en los artículos 264 y 265 de la ley 57 de 1887

"no puede ordenarse la reposición del proceso, cualesquiera que sean las omisiones o las irregularidades que en él se noten" (artículo 266, *ibidem*), también es indispensable entender cada uno de esos casos conforme a la letra de su texto que está revelando el sentido claro, exacto y propio de las nulidades, todas ajenas de interpretación en busca indebida de un espíritu extensivo y de analogía que quiso descartar el legislador. No se pecaría por exceso con repetir a menudo que la intelección de las causas de nulidad es rigurosamente restrictiva, tanto en el conjunto que la ley enumeró cuanto en la sustancia que en ellas se contiene, para cerrarles el paso a las prodigalidades impertinentes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre ocho de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Campo
Elías Águirre)

Dos ancianos que se llamaban Tomás Arboleda y Petronila Mosquera, cónyuges entre sí, vivieron durante treinta y cinco años, sin familia ni criados, a orillas del río Calima, en el paraje "El Cansancio", del municipio de Buenaventura, hasta que los asesinaron la noche del 27 de enero de 1937, quizá para robarles porque tenían fama de poseer algunos bienes de fortuna.

Y vino a conocerse el crimen el 29 de ese mes y año, por la tarde, cuando se encontró dentro de la casa el cuerpo de Arboleda, en putrefacción, desnudo, con siete "chuzones" en el abdomen y nume-

rosos golpes de instrumento contundente en la cara y el tronco.

El cadáver de la mujer fue hallado el mismo día tres kilómetros abajo del Calima, también desnudo y corrompido, con grandes heridas de arma cortante en la cabeza y el vientre, y "todo el cuerpo lleno de contusiones producidas por garrottes".

Se imputó el doble asesinato a los sujetos que mencionan las siguientes cuestiones presentadas al Jurado por el Juez 2º Superior de Cali:

"Los acusados Manuel Valencia y Juan Ramón Benítez son responsables, como autores, del doble delito de homicidio voluntario, en concurso recíproco, perpetrado en las personas de Tomás Arboleda y Petronila Mosquera, con armas punzantes y de peso, causándole al primero de los nombrados interfectos, siete punzones en el estómago y contusiones en el rostro, y a la segunda una herida en la cabeza y una puñalada en el estómago, que le exteriorizó los intestinos, habiendo sido encontrado el cadáver de Arboleda en el sitio denominado 'El Cansancio', a orillas del río Calima, y el cadáver de la Mosquera en el punto denominado 'Catangero', a unos tres mil metros de distancia de 'El Cansancio', ambos lugares en jurisdicción del Distrito de Buenaventura, hecho ocurrido en la noche del veintisiete al veintiocho de enero de mil novecientos treinta y siete?"

"Los acusados Manuel Valencia y Juan Ramón Benítez consumaron los hechos mencionados en la cuestión principal, o sea el doble delito de homicidio voluntario, con todas, alguna o algunas de las circunstancias que en seguida se enumeran: con premeditación, con alevosía, a mansalva y sobreseguero, sorprendiendo a las víctimas en absoluta indefensión y desapercibimiento?"

"Sí", contestó el Jurado a la primera pregunta, y a la segunda: "Sí son culpables con todos los agravantes".

A cada uno de los reos impuso el Juez veinte años de presidio, el 17 de junio de 1939, fallo que en muy exigua sentencia confirmó el Tribunal Superior de Cali, siendo de anotar que se aplicó la legislación penal de 1890.

Contra lo resuelto por el Tribunal interpusieron recurso de casación Valencia y Benítez, fundándose en los artículos 556 y 560 de la Ley 94 de 1938, y enviaron a la Corte una especie de demanda en que invocan las causales 1ª, 2ª y 7ª del artículo 567 *ibidem*, y la 1ª y la 5ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931.

El memorial de los recurrentes se reduce a un análisis de la prueba que sirvió para juzgarlos; a quejarse de que el Juez les cambió el defensor de oficio por otro, sin razón legal y a pesar del reclamo de ellos; a sostener que no se demostró el cuerpo del delito, sin explicar el por qué, y a pedir la anulación de la sentencia.

Se rige el actual recurso por las disposiciones pertinentes de las Leyes 78 de 1923 y 118 de 1931.

Aducidas por Benítez y Valencia no hay sino las causales 1ª y 5ª del artículo 3º de esa Ley 118, y, de modo vago, la de nulidad.

Desde luego, para metodizar el trabajo que la Sala debe emprender, es forzoso el rechazo de las causales 1ª y 5ª.

La 5ª dispone: "Ser la sentencia violatoria de la ley, por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, siempre que esta cuestión haya sido debatida previamente en las instancias".

Y para que constituyese hoy materia de estudio la causal 5ª, falta la condición indispensable de la controversia del punto sobre notoria injusticia del veredicto en los dos grados del juicio o en uno cualquiera de ellos, debate que no se planteó ni en el Juzgado ni en el Tribunal.

La 1ª es: "Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación

de ésta o por indebida aplicación de la misma”.

Y sucede que verdaderamente hubo malas interpretación y aplicación de la ley penal.

En primer término, el doble asesinato que cada uno de los homicidas perpetró es reprimido con veinticinco años de presidio, si se entiende bien el artículo 71 del Código Penal de 1890, y no con los veinte que el Juez y el Tribunal impusieron, dejando sin sanción a Valencia y a Benítez por uno de tales asesinatos.

Y en segundo lugar, el Tribunal escribió: “En cuanto a la aplicación de la ley penal tampoco procede observación alguna ya que las disposiciones invocadas por el señor Juez a quo son las que corresponden para sancionar el doble delito de asesinato perpetrado”. No. Se deriva el yerro de otra lamentable equivocación del Juez 2º Superior de Cali quien se guió por el artículo 599 del Código, el cual manda: “El asesino, en el caso menos grave, definido en el artículo 597, sufrirá la pena de diez y ocho a veinte años de presidio”. Y el caso de asesinato menos grave es, conforme al artículo 597, el que señala el número 9 del artículo 586, a saber: “En el acto de una riña provocada por el contrario, por cualquier medio, pero empeñada por el homicida, con la concurrencia de alguna o algunas de las circunstancias indicadas en los números precedentes”.

De dónde sacarían el Juez y el Tribunal que los asesinatos cometidos por Manuel Valencia y Juan Ramón Benítez eran de los menos graves, cuando su máxima gravedad la afirmó el Jurado?

Mas la torcida interpretación de la ley penal y su mala aplicación no pueden declararse para invalidar el fallo, puesto que eso perjudicaría a los reos que interpusieron el recurso extraordinario de casación en lo desfavorable.

El señor Procurador delegado en lo penal toma la imprecisa alegación de nulidad que formulan los recurrentes y la desarrolla en torno a tres motivos, cum-

pliendo el deber que le asigna el artículo 6º de la Ley 118 de 1931.

El ordinal 2º del artículo 3º de esa Ley dice:

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

Y la Procuraduría sostiene:

“Primer motivo de nulidad. Los acusados se quejan de que se les reemplazó indebidamente su defensor, doctor Arnaldo Micolta, designando otro cuya actuación no fue del agrado de ellos.

‘Al folio 46 v. del tercer cuaderno, aparece el auto del señor Juez por el cual declaró insubsistente el nombramiento de defensor de oficio hecho en la persona del doctor Micolta, y nombró en su lugar al doctor Jorge Ulloa López. Para esta decisión tuvo en cuenta el Juzgado que el doctor Micolta hizo transferir la audiencia, por no haber devuelto oportunamente el expediente, que se le había prestado; que se negó a firmar la notificación del auto en que se fijaba día para un sorteo parcial de jurados, y que dirigió un memorial irrespetuoso.

“Aunque estos incidentes pudieron mortificar al señor Juez, sin embargo ellos no constituían causales de remoción para reemplazar al doctor Micolta en el desempeño de la defensa, máxime cuando los acusados manifestaron expresamente, por medio de un memorial, su deseo de que dicho doctor continuara siendo su representante o defensor en esta causa. (Fs. 48 del tercer cuaderno).

“Los motivos por los cuales puede cambiarse al defensor, excluida naturalmente la revocatoria del poder, están enumerados en forma taxativa por el artículo 344 de la Ley 105 de 1890, aplicable a este negocio, y son: enfermedad grave y habitual del defensor, grave perjuicio de sus intereses, ser empleado público, o mayor de sesenta años, o menor de veintiuno, no habilitado de edad, y tener a su cargo cuatro o más defensas de oficio.

“En ninguno de estos casos se hallaba el doctor Micolta. Luego resulta ilegal su remoción de la causa, lo mismo que el nombramiento de otro defensor, quien, por lo mismo, carecía de personería para hacer la representación y asistencia de los acusados.

“Pero se dirá que la conducta rebelde del doctor Micolta dificultaba la actuación y adelantamiento de la causa, y hacía necesario reemplazarlo para no causar grave perjuicio a la administración de justicia. Mas a esto se responde que esa rebeldía sólo le acarrea una responsabilidad por el mal desempeño de su cargo. Así lo estatuye el artículo 1634 del Código Judicial, que dice:

“Los defensores deberán prestar juramento ante el Juez o Magistrado de la causa y su Secretario, de desempeñar bien y fielmente su encargo; y serán responsables de las demoras que ocasionen, y por cualquiera omisión culpable en lo que concierna a la defensa del procesado’.

“Además, el señor Juez disponía de medios legales para hacer cumplir sus providencias en caso de renuencia del defensor y para imponerle sanción correccional cada vez que le faltara al respeto. (Art. 103, ordinal 4º, y 188 del C. J.).

“Por tanto, otro era el camino para obligar al señor defensor a cumplir con sus deberes. En todo caso, no procedía la declaratoria de insubsistencia de su cargo.

“Ahora bien: no siendo legal la intervención del doctor Jorge Ulloa López como defensor en esta causa, todas las notificaciones que se le hicieron a él y que lejaron de surtirse en la persona del verdadero representante de los acusados, doctor Micolta, carecen de valor y han dejado naturalmente los respectivos autos sin ejecutoriarse.

“Y en tales circunstancias, el Juzgado y el Tribunal carecían de jurisdicción para dictar la sentencia definitiva,

“Por consiguiente, se ha incurrido en la causal de nulidad prevista por el numeral primero del artículo 264 de la Ley 57 de 1887”.

Para la Corte no existe aquí la nulidad de incompetencia de jurisdicción del Juez y del Tribunal, bajo el primer motivo que apunta el señor Procurador.

Valencia y Benítez pidieron al Juez 2º Superior de Cali, en la notificación del auto de enjuiciamiento, que les nombrara defensor de oficio, y el Juez designó al doctor Carlos Pabón. Este se posesionó el 22 de septiembre de 1937 y siguió actuando, pero el 11 de marzo de 1938 los procesados solicitaron que el defensor fuera uno de los abogados Luis Enrique Bonilla Plata, Joaquín Caldas Luna y Ernesto M. Sandoval. No accedió el Juez por considerar que Benítez y Valencia estaban “debidamente atendidos en su defensa” por el doctor Pabón.

Ya el 30 de junio de 1938, el Juez exoneró del cargo al doctor Pabón y lo sustituyó por el doctor Arnaldo Micolta.

La exoneración del primitivo defensor de oficio obedeció a que el doctor Pabón tenía que ausentarse por “algunos asuntos urgentes de familia”, tardando en regresar.

El 10 y el 25 de octubre de 1938, la secretaría del Juzgado informó al Juez:

“Al despacho del señor Juez, informándole que no se pudo practicar la audiencia en esta causa porque el defensor doctor Arnaldo Micolta no devolvió el expediente, no obstante reiteradas solicitudes de la Secretaría, el que se le había prestado desde el 27 de septiembre último. Igualmente informo que los dos cuadernos que van a la mesa los trajo a la Secretaría, antier, el señor Fiscal, como entregados por el señor Micolta, pero falta un cuaderno que no devolvió el defensor, pues recibió tres cuadernos, según recibo firmado por él”.

“Al despacho del señor Juez informándole que el señor Arnaldo Micolta, defensor de oficio en esta causa, se negó a firmar la notificación que precede y mandó un memorial irrespetuoso, por lo cual se le devolvió”.

El Juez proveyó así:

“Consta en el expediente que el doctor Arnaldo Micolta, defensor de oficio de los

procesados Manuel Valencia y Juan Ramón Benítez, no devolvió oportunamente la causa contra éstos, por lo cual no se pudo verificar la celebración del juicio en la fecha que se había señalado. Según el informe que precede, el mismo defensor se ha negado a firmar la notificación del auto en que se señalaba el día de mañana para sorteo parcial de Jurados. Además, dirigió un memorial, el que se le devolvió por irrespetuoso. Todo esto está diciendo que el Juzgado, para evitar nuevos perjuicios a los procesados y mortificaciones al personal de la Secretaría, debe declarar insubsistente el nombramiento de defensor de oficio que se le había hecho al doctor Micolta, como en efecto lo declara, y en su lugar nombra al doctor Jorge Ulloa López, a quien se citará y dará posesión del cargo. Notifíquese."

Se le dio posesión a Ulloa López, no obstante que Valencia y Benítez expresaron en un escrito "que se nos deje a dicho defensor, que no se nos cambie" (hablando del doctor Micolta).

Y, por último, el defensor doctor Ulloa López desempeñó cabalmente su función.

La Sala cree que el señor Juez 2º Superior de Cali, en vez de haber atropellado o desconocido derechos de los reos, obró con rectitud, para mejor ampararlos, al remover a un defensor de oficio cuyas actuaciones eran un obstáculo para adelantar el proceso sin tardanzas o lentitudes y sin conflictos personales.

Ninguna norma legal le prohibía al Juez, en esas circunstancias, el cambio de defensor de oficio que efectuó.

Pero el señor Procurador argumenta con el artículo 344 de la Ley 105 de 1890, y tal artículo se contrae a cuestión muy diversa:

"Tanto el defensor nombrado por el procesado como el que nombre el Juez, estarán obligados a aceptar y desempeñar el encargo, sin que puedan excusarse sino por enfermedad grave o habitual, por grave perjuicio de sus intereses, o por ser empleados públicos o mayores de sesenta años, o menores de veintiuno, no habilitados de edad, o por tener a su car-

go cuatro o más defensas de oficio. A los defensores que no comprueben suficientemente alguna de las causas expresadas, los compelerá el Juez con multas hasta de cuarenta pesos".

Se reduce, por tanto, el copiado artículo 344, a la obligación que pesa sobre el defensor de aceptar y desempeñar la defensa, háyalo nombrado el reo o el Juez, mas el artículo no estorba que el Juez, en caso de necesidad para la administración de justicia, pueda decretar la insubsistencia del nombramiento de un defensor de oficio.

Debido a la naturaleza del acto no pasa igual cosa con el defensor que escoge el reo. Y es que como el artículo 343 de la Ley 105 de 1890 confiere a todo procesado que no quiera o no pueda defenderse por sí el derecho de señalar defensor, no cabe en las facultades del Juez atentar contra ese derecho deponiendo al defensor que el reo nombra y designando a otro en su lugar.

El señor Procurador delegado en lo penal es enfático en atribuirle al doctor Micolta el carácter de único representante legítimo de Manuel Valencia y Juan Ramón Benítez. Y no lo era, si se admite la tesis de inamovilidad de un defensor de oficio que el señor Procurador extrae del artículo 344 de la Ley 105 de 1890, pues al defensor inicial doctor Carlos Pabón se le reemplazó a fs. 37 del cuaderno tercero con el doctor Arnaldo Micolta, sin que el doctor Pabón se acogiera a ninguno de los casos del artículo 344 y sin exigirle que comprobara "suficientemente alguna de las causas expresadas".

No discute la Sala que el Juez tenía imperio capaz de vencer "la conducta rebelde" del defensor de oficio, ni puede ignorar que las demoras y omisiones culpables de un defensor se traducen en responsabilidad de éste. Pero el uso de esos medios ya implicaba mayor pérdida de tiempo o una nueva, inútil y prolongada dilación perjudicial para la justicia, y acrecentaría en el defensor lo hostil de su ánimo contra el Juzgado.

Y para eludir semejantes riesgos da-

ñosos, bien estuvo que el Juez optara por otro camino que no es ilegal y que fue una medida de prudencia: la remoción del defensor de oficio, doctor Micolta.

En los asuntos civiles desaparece la nulidad por ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes o en quien figure como su apoderado o representante, cuando se ha resuelto en auto ejecutoria que es legítima esa personería (arts. 448 y 450 de la Ley 105 de 1931). Es decir, que son válidas las notificaciones y las respectivas providencias.

Y en los negocios del ramo penal, en donde no ha habido ni hay la nulidad por ilegitimidad de la personería del defensor, sino ilegitimidad del acusador particular o del querellante (ordinal 2º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, y número 2º del artículo 198, Ley 94 de 1938), la posible ilegitimidad en el nombramiento de un defensor no resta eficacia a las notificaciones ni deja sin ejecutoria los respectivos autos y sentencias, con tal que el derecho de defensa no haya sido vulnerado.

Y ello dimana, en materia civil y criminal, de que lo ejecutoriado es un fenómeno que solamente resulta de no haberse interpuesto contra la providencia recurso alguno dentro del término legal, siempre que no deba ser consultada, advirtiendo, eso sí, que la ejecutoria de la sentencia civil se declara de oficio por el Juez que la profiere, cuando se agota el plazo sin interponer el correspondiente recurso, no siendo consultable.

Todavía más: concédese, a manera y modo de discusión, que no valen las notificaciones hechas al defensor de oficio doctor Ulloa López y que, por tanto, no se ejecutoriaron los autos y las sentencias del Juez y el Tribunal.

Qué lógico enlace se podrá descubrir entre esas invalidez y no ejecutoria y la carencia de jurisdicción de los falladores de ambas instancias? Ninguno.

Obsérvese ante todo que la incompetencia no entraña nulidad sino cuando la jurisdicción es improrrogable. Y jurisdic-

ción improrrogable es la que no puede salirse de la esfera que le traza la ley, como si los Jueces y Tribunales conocen y fallan procesos no atribuidos a ellos *ratione materiae, ratione loci, ratione personae*.

Porque competencia es la facultad que tiene un Juez o Tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio la jurisdicción que corresponde a la República, competencia que se fija en atención a la naturaleza del hecho, a la calidad de la persona que lo cometió y al lugar o territorio de la perpetración. Por razón del hecho y de las personas, la competencia no es prorrogable, y si lo es en ocasiones por razón del lugar.

Adquirida la jurisdicción con la investidura del destino de Magistrado o Juez (nombramiento y posesión oportuna), son explícitas las reglas de la ley para saber en qué casos hay incompetencia para ejercer esa jurisdicción.

Si por razón del doble asesinato y por razón de la calidad de las personas de los asesinos y por razón del lugar en que los hechos se ejecutaron, el competente para conocer en primera instancia, con intervención del Jurado, fue el Juez 2º Superior de Cali, y lo fue en el segundo grado del juicio el Tribunal de ese Distrito Judicial, no hubo ni podía haber incompetencia de jurisdicción del Juzgado y del Tribunal, y mucho menos incompetencia de jurisdicción improrrogable.

Continúa el señor Procurador:

“Segundo motivo de nulidad. En el sorteo general de jurados se incurrió en grave equivocación acerca del personal que debía integrar el Tribunal popular, de tal suerte que no se sabe cuáles eran los miembros verdaderos que debían constituirlos.

“En efecto, al folio 34 del cuaderno tercero obra la diligencia de sorteo, en la cual se lee lo siguiente:

‘...Insaculadas las fichas, el señor Juez sacó ocho. El procesado Valencia recusó al señor Julio Fajardo H., y Benítez al señor Eduardo Moreno N. Se sacó luego a la suerte la ficha que correspondía re-

cusar al señor Fiscal, y salió la marcada con el número 144, Alfonso Lenis...'

"Al tenor del artículo 276 de la Ley 57 de 1887, en el sorteo general de jurados 'cada procesado y cada acusador particular podrá recusar libremente un designado y el Fiscal tantos cuantos sean los que tengan derecho de recusar todos los procesados'.

"Por consiguiente, siendo aquí dos los acusados, al Fiscal le correspondía recusar dos Jueces de hecho, y no uno. De tal suerte que han debido insacularse nueve fichas para que, con los cuatro jurados que les tocaba recusar a las partes, quedaran los cinco que debían integrar el tribunal popular.

"Y es obvio que si se saca este número de balotas y se le concede al Fiscal el derecho de recusar dos jurados, el personal hubiera sido distinto del que actuó en la audiencia. Al omitir esto, se incurrió en la nulidad que contempla la primera parte (subrayó la Sala).

"Además, la confusión en el nombramiento del personal de jurados se acentúa frente a la diligencia de sorteo parcial que corre al folio 26 vto.

"El designado señor Emilio Fajardo H. pidió al señor Juez Superior que lo exonerara de servir el cargo por ser mayor de sesenta años. El Juzgado aceptó la excusa del señor Fajardo y procedió a reemplazarlo, saliendo elegido el señor Alfredo Córdoba R.

"El Juzgado carecía de facultad para hacer ese reemplazo.

"Las excusas que pueden concurrir en los Jurados son de dos clases: absolutas y relativas. Las primeras se refieren a la imposibilidad de prestar el servicio en todos los juicios para que fueron sorteados, y tienen como consecuencia la de causar la baja del jurado de la lista respectiva. Tales excusas son: tener el jurado más de sesenta años; padecer de enfermedad que lo imposibilite para desempeñar sus funciones, siempre que la duración de la enfermedad exceda probablemente de la mitad de lo que falte para

cumplir el período respectivo; no saber leer ni escribir, y no ser vecino de la cabecera del Distrito Judicial (artículo 240, Ley 57 de 1887).

"También pueden incluirse en estas excusas las enumeradas por el artículo 76 de la Ley 100 de 1892.

"Las excusas relativas son aquellas que sólo inhabilitan al jurado para desempeñar el cargo en un determinado proceso. Ellas no son otras que las enumeradas por los artículos 243, 244, 245 y 246 de la Ley 57 de 1887.

"Las excusas absolutas corresponde resolverlas al Tribunal Superior y las relativas al juez que conoce de la causa.

"En tal virtud, siendo la excusa presentada por el señor Fajardo de carácter absoluto, sólo el Tribunal podía aceptársela y bajarlo de la lista de jurados. Mientras tanto, tenía que desempeñar el cargo, y el Juez carecía de atribución para reemplazarlo. Así las cosas, se le dio entrada a un nuevo juez de hecho, el señor Alfredo Córdoba R., que legalmente no podía ejercer las funciones de tal en este negocio. De donde se concluye que él carecía de jurisdicción (la subraya es de la Sala) para emitir veredicto sobre la responsabilidad de los acusados".

Contesta la Corte:

a) El señor Procurador no propone su reparo al ilegal reemplazo del designado señor Fajardo H. como nulidad, porque ésta en ninguna forma la pudo producir tal reemplazo ilegal.

Probó el señor Fajardo H. ser mayor de sesenta años, y el Juez aceptó la excusa absoluta del designado sin facultad para ello, puesto que el artículo 240 de la Ley 57 de 1887 adscribe privativamente a los Tribunales Superiores la función de resolver sobre las excusas de esa índole.

Mas, la Sala considera impropia la expresión de que: el designado Alfredo Córdoba R. "carecía de jurisdicción".

La participación de los jurados en la administración de justicia es ocasional y transitoria, y no están incluidos en la jerarquía llamada por la Constitución "Or-

gano Judicial". Y de allí que en la solemne advertencia del artículo 304, Ley 57 de 1887, se diga de los jurados: "Ellos no ejercen jurisdicción, ni son los que condenan o absuelven....."; y

b) La cuarta causa de nulidad en el artículo 265, Ley 57 de 1887, es:

"Haberse incurrido en la diligencia del sorteo en alguna equivocación tal, que no pueda saberse cuáles eran los designados que realmente debían formar el jurado, o haberse omitido en la misma cualquiera formalidad de las que la ley señala, siempre que en este último caso se haya hecho la correspondiente reclamación por alguna de las partes al tiempo de verificarse el acto, y que sea ella quien alega la nulidad".

De los dos aspectos por los cuales esa nulidad se origina, el señor Procurador se apoya en el primero: una equivocación en el sorteo general, de tanta magnitud y tan serio carácter, que no se limite a despertar la simple duda acerca de la verdadera integración del jurado, sino que comporte la imposibilidad de saber realmente quiénes debían constituirlo.

El Juez Segundo Superior de Cali debió, en la diligencia de sorteo general, sacar nueve fichas, porque siendo dos los reos el Fiscal tenía derecho de recusar dos designados, como lo preceptúa el artículo 276, Ley 57 de 1887. Y al sacar ocho fichas, no más, un solo designado recusó el Fiscal.

Pero la Sala no se imagina por qué el señor Procurador dice que no se sabe cuáles eran los miembros que debían componer el jurado.

La equivocación del Juez no fue tal que impidiera aquel conocimiento, si es que hubo equivocación en el sentido real de la palabra. El desacierto de la parte primera de la comentada causa cuarta, sería, por ejemplo, una confusión de nombres o de los números que en la lista preceden a los nombres de los designados. Mas la falta del juez, por defecto de un requisito, no es ni puede ser la equivocación que trae el resultado de una imposi-

bilidad de saber "cuáles eran los designados que realmente debían formar el jurado".

Semejante falta por defecto de un requisito legal, cual fue la inobservancia del artículo 276 de la Ley 57 de 1887, es la segunda fase de la causa cuarta de nulidad del artículo 265, ibídem: "haberse omitido" en la diligencia de sorteo "cualquiera formalidad de las que la ley señala".

No invoca el señor Procurador ese aspecto. Y aun cuando lo hubiese invocado, no podría la Sala darle su asenso a la nulidad, pues no se cumplieron las condiciones que exige la ley: "..... siempre que en este último caso se haya hecho la correspondiente reclamación por alguna de las partes al tiempo de verificarse el acto, y que sea ella quien alega la nulidad".

Tampoco concurre la nulidad por el motivo segundo.

"Tercer motivo de nulidad. Consiste en la forma altamente equivocada como se propusieron los cuestionarios.

"A Manuel Valencia y Juan Ramón Benítez se les enjuició como autores de dos asesinatos.

"Llegado el día de la audiencia, los cuestionarios se redactaron así:

(Ya copió la Sala los interrogatorios, al comenzar este fallo).

"Es manifiesto el error que contienen los cuestionarios.

"El artículo 298 de la Ley 57 de 1887 dice:

'Siempre que se proceda por varios cargos, se propondrán por separado las cuestiones correspondientes a cada uno; y cuando haya varios encausados, también se propondrán separadamente las cuestiones relativas a cada uno de ellos, de modo que cada serie de cuestiones sea siempre respecto a un cargo y a un solo encausado'.

"Y el artículo 310 de la misma ley estatuye:

'Si el Juez hallare que alguna de las

cuestiones no ha sido resuelta, devolverá inmediatamente el expediente al jurado para que la resuelva, y acto continuo procederá el jurado a verificarlo. Si más tarde notare el Juez o el Tribunal, en su caso, que no se han resuelto las cuestiones propuestas, o que las resoluciones del jurado no están arregladas, en lo sustancial, a las fórmulas prescritas, o que no aparecen suscritas por todos los jueces de hecho, convocará de nuevo al jurado para que llene la formalidad a que se haya faltado. Lo mismo se hará cuando el Juez no haya propuesto todas las cuestiones que el jurado debía resolver, o se noté en ellas un error sustancial'.

"Es decir, quiere la ley que se propongan al jurado cuestiones separadas respecto de cada encausado y respecto de cada cargo que se le impute, para que de esa manera no haya confusión posible acerca de la calificación de los hechos criminosos, de la situación jurídica que le corresponde al acusado y de la sanción que haya de imponérsele.

"Aquí debieron, por lo tanto, formularse ocho cuestiones: cuatro para cada acusado, por ser dos los homicidios con circunstancias de preparación y también de asesinato, y dos las personas responsables. Se dejaron, pues, de presentar al jurado seis cuestionarios.

"Al omitir esta formalidad sustancial, que mira no sólo al derecho de defensa sino al interés social, en virtud del cual a cada acusado debe juzgársele con el cumplimiento pleno de todas las garantías procedimentales, se violó indudablemente el artículo 22 de la Constitución Nacional y se incurrió en una nulidad, porque el Juzgado y el Tribunal carecían de competencia para fallar sobre unos veredictos mal presentados y contrarios a la ley. La providencia que en tales condiciones procedía, no era la de dictar sentencia definitiva, sino la de convocar de nuevo al jurado para proponerle los cuestionarios de rigor. (Artículo 310 transcrito).

"Por tanto, se está nuevamente en presencia de la nulidad que prevé el artículo

264, numeral 1º, de la Ley 57 de 1887".

La Sala explicó antes, en armonía con las leyes y los principios de derecho, lo que es jurisdicción improrrogable, competencia e incompetencia de jurisdicción y cómo se adquiere ésta, y dijo que son explícitas las reglas que determinan cuándo a los Jueces y Magistrados se les tiene por incompetencia para el ejercicio de la jurisdicción que corresponde a la República.

Pues bien. Lo anormal de los cuestionarios que el Juez presentó al jurado desobedeciendo el contenido del artículo 298, Ley 57 de 1887, absolutamente no establece relación de causalidad con el fenómeno jurídico que se llama incompetencia de jurisdicción improrrogable, porque en el Juez y el Tribunal subsistía íntegra la facultad de conocer del proceso *ratione materiae, ratione personae, ratione loci*.

Y tanto subsistía íntegra esa facultad, que el Juez y el Tribunal pudieron y debieron aplicar el mandato del artículo 310 de la citada Ley 57 de 1887.

La competencia adquirida por aquellas tres razones primordiales tenía que acompañar al Juez y al Tribunal hasta lo último de la actuación de una y otra instancia, porque algo más que incomprensible sería que esa competencia hubiera terminado para el Juez en el momento de los veredictos sobre unos cuestionarios irregulares, pérdida de jurisdicción, que no la autoriza el artículo 146 de la Ley 105 de 1931.

El problema que adujo en este negocio el señor Procurador, por el tercer motivo de nulidad, es en el fondo el mismo que la Procuraduría provocó en la casación interpuesta por Marco Antonio Rincón y Praxedis Jiménez, reos de séxtuplo asesinato y de robo.

Y por ser el mismo en el fondo, los conceptos de la Corte en el fallo de 26 de agosto del año en curso sirven para rebatir ese motivo tercero de nulidad que hoy se estudia.

La Corte argumentó entonces:

“Discriminando la motivación de la nulidad propuesta, se tiene, en síntesis, lo siguiente: que al formular los cuestionarios que debían someterse al jurado, el Juez acumuló en una sola pregunta los cargos correspondientes a los seis delitos de homicidio que se imputan a los reos y en igual forma consultó lo relativo a las circunstancias constitutivas de asesinato, en vez de proponer las cuestiones de acuerdo con la regla de separación establecida en el artículo 298 de la expresada Ley 57, aplicable al caso.

“Se trata ahora de saber si esta irregularidad suministra base para infirmar la sentencia acusada, esto es, si constituye motivo de nulidad sustancial según la ley.

“Los motivos que producen nulidad en los juicios penales son únicamente los que la ley determina. Entre ellos no figura el que aquí se alega con ese carácter y no existe regla alguna que confiera al Juez libertad de apreciación en esta materia. Por el contrario, la ley dispone que los jueces no podrán declarar nulidades por causas distintas de las que ella misma taxativamente establece.

“A pesar de la rigidez del sistema, la Corte ha reconocido la existencia de requisitos de forma, cuya inobservancia no está conminada con nulidad en la ley y que, sin embargo, en algunos casos afecta sustancialmente las condiciones esenciales del proceso penal. En tal evento, la solución no puede ser otra que la reposición del procedimiento, dando preferente aplicación al precepto constitucional sobre garantías procesales y realizando así el objeto de la ley orgánica de las nulidades, que es asegurar el ejercicio pleno de esas garantías y, en último término, la recta aplicación de la ley penal en la sentencia.

“Pero será preciso examinar en cada uno de los casos no previstos la trascendencia de la informalidad denunciada para saber si realmente implica quebranto de las formas fundamentales del juicio. La materia, como se ve, no permite tra-

zar normas generales, función que, por otra parte, corresponde al legislador.

“Dentro del terreno de los principios y consultando las indicaciones de la realidad no se puede sostener como tesis o doctrina general que la presentación de los interrogatorios al jurado, apartándose de la regla de separación de las cuestiones, lleva necesariamente confusión al veredicto, haciéndolo ineficaz y nulo.

“Si se tratara de la acumulación en una sola fórmula de cargos de distinta naturaleza o de la reunión de circunstancias determinantes de la responsabilidad con las que la excluyen o atenúan, podría observarse que la complejidad de la pregunta y la exigencia legal de dar una respuesta simple impidió al jurado resolver adecuadamente las diferentes cuestiones, y que por tanto el veredicto no suministra criterio para definir inequívocamente la situación del reo ante la ley penal. En esta hipótesis podría plantearse el problema de la validez del juicio con apoyo en el precepto constitucional ya citado.

“Pero cuando se imputan al reo hechos de igual naturaleza, por ejemplo, varios homicidios, cometidos al tiempo, en un mismo lugar, con idénticas modalidades de ejecución y bajo un móvil común, si el Juez interroga al jurado sobre la responsabilidad del acusado en tales hechos, expresándolos en una sola pregunta, la respuesta simplemente afirmativa o negativa no puede razonablemente suscitar incertidumbre acerca del contenido intrínseco del veredicto. Entonces se habrá faltado a una formalidad externa; pero se carecería, no ya de disposición legal que autorice la nulidad del acto, sino también de base doctrinaria para declararla.

“Y esto es lo que ocurre en el presente caso. Aquí se preguntó separadamente al jurado acerca de la responsabilidad de cada acusado y aunque el Juez, faltando a la regla de separación, reunió en una sola pregunta los cargos correspondientes a los seis homicidios imputados a los reos, la verdad es que se trata de delitos

de igual naturaleza, cometidos en concurso recíproco, bajo un móvil común y en idénticas circunstancias de modo, tiempo y lugar. La complejidad es aparente y no real. No se mezclaron hechos heterogéneos que necesariamente exigieran especificaciones separadas y en cuanto a las circunstancias de asesinato se consultaron al jurado en interrogatorios separados. A los procesados se les llamó a responder por seis asesinatos y por robo. Tales eran las cuestiones que debían someterse a la decisión del jurado y que éste resolvió.

“.....

“.....

“En resumen: no existe ningún motivo de duda o incertidumbre. El debate público se hizo sobre las expresadas cuestiones, que corresponden precisamente a los cargos deducidos en el auto de proceder. El defensor sabía, por el contenido de las preguntas formuladas para cada acusado, cuáles eran los cargos y las circunstancias a que debía contraer la defensa, de modo que los reos no fueran condenados sin haber sido oídos y convencidos en juicio respecto de cada cargo, y, finalmente mediante la lectura de los autos y la controversia oral, el jurado dispuso asimismo de suficiente información sobre el contenido de las preguntas y el alcance del veredicto que pronunció”.

No cohonesta la Sala tanto descuido del Juez y del Tribunal.

Por el contrario, lo censura.

Pero, si fuera de los casos previstos en los artículos 264 y 265, Ley 57 de 1887, “no puede ordenarse la reposición del proceso, cualesquiera que sean las omisiones o las irregularidades que en él se noten (artículo 266, ibídem), también es indispensable entender cada uno de esos

casos conforme a la letra de su texto que está revelando el sentido claro, exacto y propio de las nulidades, todas ajenas de interpretación en busca indebida de un espíritu extensivo y de analogía que quiso descartar el legislador.

No se pecaría por exceso con repetir a menudo que la intelección de las causas de nulidad es rigurosamente restrictiva, tanto en el conjunto que la ley enumeró cuanto en la sustancia que en ellas se contiene, para cerrarles el paso a las prodigalidades impertinentes.

De nada fundamental para su defensa se privó a Juan Ramón Benítez y Manuel Valencia, responsables y convictos de unos crímenes atrozés, ya que los lapsus del Juez y del Tribunal, apreciándolos sin exageraciones, no menoscabaron de verdad el derecho de los acusados en cuanto a las formas del juicio y la protección que a todo reo otorgan la Constitución y las leyes.

En virtud de lo dicho y en desacuerdo con la petición del señor Procurador delegado, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO INVALIDA el fallo del Tribunal Superior de Cali que condenó a Manuel Valencia y a Juan Ramón Benítez, a veinte años de presidio, cada uno, por el delito de doble asesinato.

Devuélvase el proceso al Tribunal.

Notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Campo Elías Aguirre — José Antonio Montalvo — Absalón Fernández de Soto.
Julio E. Aguero R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

REGISTRO DE LA SENTENCIA

La falta de registro no implica nulidad de la sentencia no registrada; únicamente la inhabilita para servir de prueba en juicio, según el art. 2673 del C. C. Pero la necesidad de la formalidad del registro la ha entendido la Corte más con referencia a terceros que a las mismas partes litigantes, porque el registro tiene por objeto darle mayor publicidad a la sentencia para prevenir en cuanto sea posible los perjuicios a derechos de terceros, y esta precaución se hace redundante en relación con la contraparte que ha tenido ocasión de conocer el fallo y de intervenir en todas las diligencias del juicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, marzo veintinueve de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

En el presente juicio, sobre ejecución de una sentencia judicial, adelantado por Primitiva Torres Gutiérrez y otras contra el Departamento de Boyacá, el Tribunal Superior de Tunja, dictó el 23 de noviembre de 1940 una providencia, por medio de la cual, y en vista de lo alegado y probado, fijó en la cantidad líquida de \$ 3,727.62 el valor total de los perjuicios que debe pagar el citado Departamento a las actoras. Contra esta providencia apelaron las partes, y en virtud del recurso

ha venido el proceso a la Corte, en donde ha recibido el trámite de rigor.

Llegado el momento de fallar se considera:

Las demandantes se quejan de que el Tribunal de Tunja "no tuvo en cuenta en su totalidad la determinación que hicimos... sobre los perjuicios... Es un hecho indiscutible que nosotras hicimos erogaciones encaminadas a obtener el pago de perjuicios... Los gastos de papel, el pago de peritos, los viajes, y otras actuaciones para obtener la condenación del Departamento, lo mismo que el pago de abogados, son erogaciones que hemos tenido que hacer por consecuencia de los daños causados en nuestra finca".

Las demandantes deben estar al tanto de que, según la ley procesal, a las entidades públicas no se las puede condenar al pago de costas judiciales. La enumeración de gastos no incluidos corresponde precisamente al concepto de costas judiciales. Por tanto, el Tribunal sentenciador se ciñó a la ley al no incluir tales gastos en la cantidad en que se valoran los perjuicios.

El señor Procurador, en su alegato, considera que no ha debido procederse a la liquidación, hasta tanto no estuviese registrado el fallo de cuya ejecución se trata.

El señor Procurador se expresa así: "De conformidad con el artículo 2656, numeral 2º, del C. C., toda sentencia definitiva ejecutoriada que recayere en negocios civiles se halla sujeta a la formalidad del registro o inscripción.

"De acuerdo con el artículo 2673 de la misma obra, "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".

"La sentencia que trata de ejecutarse no aparece registrada, y sin este requisito no puede producir efectos jurídico-procesales de conformidad con las disposiciones de la ley anteriormente citadas".

Se observa:

Las sentencias del Tribunal de Tunja y de la Sala de Negocios Generales de la Corte, fechadas el 27 de octubre de 1937 y el 14 de junio de 1939, respectivamente, obran en el proceso original, que acompaña a la presente actuación sobre cumplimiento de los citados fallos.

No aparece de autos, evidentemente, que la sentencia hubiera sido registrada. La falta de registro no implica nulidad de las sentencias no registradas; únicamente las inhabilita para servir de prueba en juicio, según el artículo 2673 del C. C. Pero la necesidad de la formalidad del registro la ha entendido la Corte más con referencia a terceros que las mismas partes litigantes, porque el registro tiene por objeto darle mayor publicidad a la sentencia para prevenir en cuanto sea posible los perjuicios a derechos de terceros, y esta precaución se hace redundante en relación con la contraparte que ha tenido ocasión de conocer el fallo y de intervenir en todas las diligencias del juicio.

La Sala de Casación Civil, en fallo de fecha 15 de febrero de 1940 (C. J. números 1953-1954, págs. 102 y ss.), dijo: "El objeto del registro establecido por la ley para las sentencias definitivas y ejecutoriadas recaídas en negocios civiles, que no causan traslación o mutación de la propiedad de bienes raíces, no puede ser otro de acuerdo con la disposición legal que lo determina que el fin estrictamente probatorio de dar mayores garantías de autenticidad y seguridad al fallo, haciendo intervenir en su guarda mayor número de funcionarios, precaviéndolos de los peligros a que quedarían expuestos si la constancia de tales actos existiera solamente en la oficina judicial en que fueron proferidos; pero en ninguna forma se vincula esta finalidad del registro con la validez y mérito de las sentencias mismas que tiene y conservan su valor propio y su imperio independientemente del hecho o formalidad de la inscripción, destinada, como se ha recordado, a un objeto meramente conservatorio".

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 providencia objeto del recurso.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Arturo Tapias Pilonieta. — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppad.



SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR

JUAN A. DONADO V.

Con el acatamiento que me merecen la ilustración y el sereno juicio de mis distinguidos colegas de Sala, y con el natural temor de ser yo el equivocado, salvo mi voto en el fallo anterior por lo que paso a exponer.

En mi sentir, debió accederse a lo solicitado por el señor Procurador Delegado en lo Civil, revocando la resolución apelada, y declarando en su lugar que no es el caso de entrar a fijar el monto líquido de la condena mientras la sentencia que trata de ejecutarse no llene la formalidad del registro o inscripción.

Considero que el artículo 2673 del Código Civil es perfectamente claro, y que, por lo mismo, ha debido acatarse la vieja máxima —consagrada en el artículo 27 *ibídem*— de que cuando el sentido de la ley es claro, no debe desatenderse su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Es verdad que la omisión del registro no anula la sentencia, pero no es menos cierto que esa falta tiene otra sanción, la de que no haga fe en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público el fallo desprovisto de esa formalidad, la que es asunto de orden público, y sobre la cual, por lo mismo, no puede haber convenio entre las partes encaminadas a prescindir de ella. Quiere la Ley que para dar mayores garantías de autenticidad y seguridad, se registre toda sentencia definitiva ejecutoriada que recayere en asunto civil. Si, pues, ejecutoriado el fallo se pretende obtener su ejecución, hay forzosamente que registrarlo,

pues de no hacerlo así, el favorecido con él se expone a la sanción de que se ha hablado. Y no importa para que así suceda que la ejecución de la sentencia se promueva en la forma que se determina en el artículo 553 del Código Judicial o en juicio separado. Tanto en el uno como en el otro caso, el deber del juez es idéntico: desestimar el fallo que carece del requisito de la inscripción. No se tiene en cuenta en cualquiera de esos eventos el que la contraparte haya tenido ocasión de conocer el pronunciamiento y de intervenir en todas las diligencias del juicio. Y habría que prescindir de esa consideración, porque, como ya se dijo, se busca con el registro una mayor seguridad, y ésta no se satisface con el conocimiento que del fallo deban tener las partes.

Respetuosamente me aparto del parecer de la Sala de Casación en cuanto desconoce que haya vinculación entre la formalidad del registro y el mérito de la sentencia sujeta a tal formalidad. Creo que existe esa vinculación, o sea, que para que el fallo pueda ejecutarse, esto, para que pueda obtenerse el cumplimiento de sus ordenaciones, precisa el requisito de la inscripción. Si el fallo no inscrito tiene que ser desestimado por el funcionario a quien se pide su cumplimiento, porque así lo ordena terminantemente el artículo 2673 citado, no veo cómo pueda negarse lo vinculado que está el mérito de una sentencia, esto es, su virtualidad de poderse poner en ejecución, al lleno del requisito de la inscripción.

En síntesis, estimo que un requisito esencial para la ejecución de una senten-

cia ejecutoriada dada en asunto civil, bien sea que decida sobre acciones reales o sobre derechos simplemente personales, la competente inscripción. La Ley dice que están sujetos al registro o inscripción... toda sentencia definitiva ejecutoriada que recayere en negocios civiles. No distinguiendo entre sentencias que causen tras-

lación o mutación de la propiedad y las que no la causan, no le es dado al intérprete distinguir, según enseña un conocido aforismo.

Bogotá, marzo veintinueve de mil novecientos cuarenta y uno.

Juan A. Donado V.

P E N S I O N E S

Decretada por una Asamblea la gracia de una pensión a favor de una persona, si el gasto que demanda la Ordenanza que decretó la pensión o la jubilación no se incluyó en la Ordenanza de apropiaciones hay que presumir que la omisión obedeció a razones de orden fiscal debidamente pesadas y medidas por la Asamblea. La gracia así concedida bien puede revocarse en cualquier momento. De consiguiente, siendo la pensión una liberalidad, es inadecuada para obligar al Departamento irrevocablemente y para generar derecho adquirido que pueda hacerse valer en juicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. Bogotá, marzo treinta y uno (31) de mil novecientos cuarenta y uno (1941).

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

La señora María Ahumada v. de Blanco, por medio de apoderado especial, en libelo de fecha 4 de agosto de 1939, propuso ante el tribunal superior de Barranquilla demanda contra el departamento del Atlántico, representado por el respectivo agente del ministerio público, para que por los trámites del juicio ejecutivo de mayor cuantía se ordené pagar a la demandante la suma de cinco mil cuarenta pesos (\$ 5.040.00) moneda corriente y sus intereses, desde que sean exigibles, hasta el día en que se verifique el pago.

Como hechos fundamentales de la demanda adujo el apoderado de la demandante los siguientes:

“Primero. El Departamento del Atlántico adeuda a la señora María Ahumada

v. de Blanco la suma de cinco mil cuarenta pesos (\$ 5.040.00), moneda legal colombiana, en concepto de pensión de jubilación que se decretó a su favor por la ordenanza número 15 de 1930, en armonía con la ordenanza número 71 de 1939, artículos 16 y 17, expedidas ambas por la Asamblea del Departamento del Atlántico.

“Segundo. La Contraloría Departamental del Atlántico ha constituido reserva por la expresada suma de dinero, para pagar a la señora María Ahumada v. de Blanco el valor de la pensión que le fue reconocida por las ordenanzas arriba citadas.

“Tercero. La obligación de que se trata está insoluta y ella presta mérito ejecutivo en cuanto se trata de una suma clara, expresa y actualmente exigible a cargo del Departamento del Atlántico y a favor de mi representada”.

Con el objeto de acreditar los hechos anteriores el apoderado de la señora Ahumada de Blanco adujo los siguientes documentos:

a) Copia auténtica, debidamente expedida, de la ordenanza número 12 de 1930 “por la cual se conceden sendas jubilaciones a varias maestras de escuela”, de la Asamblea Departamental del Atlántico, figurando entre aquellas la señora demandante;

b) Un ejemplar, debidamente autenticado, de la edición número 2813 de la gaceta “Atlántico”, en donde aparece publicada la ordenanza número 71 de 1939, expedida por la referida asamblea, cuyo artículo 16 es del siguiente tenor:

“Reconózcase la pensión mensual decretada en el artículo 1º de la Ordenanza número 15 de 1930 desde la fecha en que dejó de pagarse.

“Para el pago de la deuda contraída por el Departamento, ábrese al presupuesto de gastos de la actual vigencia un crédito extraordinario por la cantidad de cinco mil cuarenta pesos (\$ 5.040.00) que se imputará de la siguiente manera:

“Departamento de Educación Pública.

“Cap. (nuevo). Art. Reconocimiento de Pensiones.

“Para el pago de la deuda contraída a favor de la señora María Ahumada de Blanco (hoy viuda de Blanco), por concepto de pensiones a razón de cincuenta y dos pesos con cincuenta centavos (\$ 52.50) por mes, desde el mes de julio de 1931, a junio de 1939, de conformidad con el artículo 1º de la Ordenanza número 15 de 1930, la cantidad de cinco mil cuarenta pesos (\$ 5.040.00)”;

c) Certificación expedida por la contraloría departamental del Atlántico sobre el hecho de estar constituida la reserva de rigor para el pago de la suma cuya solución se impetra.

El tribunal del conocimiento, en auto de fecha 6 de noviembre de 1939, consideró que los documentos presentados con la demanda prestan mérito ejecutivo y, en consecuencia, dictó la correspondiente orden de pago en contra del departamento demandado por la cantidad de cinco mil cuarenta pesos (\$ 5.040.00) moneda legal colombiana.

El señor fiscal del tribunal de Barranquilla interpuso en tiempo el recurso de reposición contra el auto ejecutivo y en subsidio el de apelación para ante el superior. Negado el primero en providencia de fecha primero de abril del año próximo pasado, el tribunal concedió el segundo para ante esta Corte, en donde tramitado el negocio de conformidad con la ley y oído el concepto del señor procurador delegado en lo civil, es llegado el momento de resolver la apelación.

Motivos de la Corte.

Estudiadas detenidamente las pruebas aducidas por la demandante, se llega a la conclusión de que en realidad la asam-

blea del departamento del Atlántico le reconoció a la señora Ahumada v. de Blanco una pensión de jubilación de \$ 52.50 mensuales como maestra de escuela, y que el mismo departamento ha dejado de pagar las mensualidades comprendidas entre julio de 1931 y junio de 1939.

También aparece acreditado en el proceso que el gobernador del Atlántico, en virtud de lo dispuesto en el artículo 50 de la ordenanza número 84 de 1939, expedida por la asamblea del citado departamento, dejó de incluir en el respectivo decreto de liquidación del presupuesto la partida necesaria para atender al pago de las mensualidades atrasadas de la pensión concedida a la demandante.

Empero, de los hechos anteriores no se deduce en manera alguna que exista a cargo del departamento una obligación de las que conforme al artículo 982 del Código Judicial pueden exigirse ejecutivamente.

En efecto, esta misma sala ha tenido la oportunidad de definir claramente cuáles son las condiciones indispensables para que las pensiones decretadas por las asambleas departamentales puedan generar vínculos de derecho suficientes como para fundamentar la correspondiente acción judicial en el caso de que el respectivo departamento suspenda el pago de tales pensiones. Por ello nada más oportuno que transcribir a continuación lo pertinente de las decisiones en que la Corte ha estudiado ampliamente esa cuestión, a efecto de poner de relieve el obstáculo legal que se opone a la prosperidad de la acción instaurada por la señora Ahumada v. de Blanco.

A la sentencia de fecha 26 de septiembre de 1940, pronunciada en el juicio ordinario promovido por la señora Raquel Sánchez de Hernández contra el Departamento de Bolívar, pertenecen los siguientes apartes:

“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

9º 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 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 departamental. Si el gasto que demanda la ordenanza que decreta una jubilación de esa especie no se ha incluido 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”.

Y en fallo de 11 de diciembre del citado año, dictado en el juicio ordinario seguido por la señorita Constancia M. Pinedo contra el mismo departamento, la Corte dijo lo siguiente:

“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 podrá 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”.

Como se ve, la anterior doctrina de la Corte es perfectamente aplicable al caso de autos, como quiera que se trata de un acto unilateral y de soberana voluntad del departamento demandado, por medio del cual resolvió darle gratuitamente a la actora determinada suma de dinero. En tales circunstancias la ordenanza que concedió la pensión es de simple liberalidad, inadecuada por lo mismo para obligar al departamento irrevocablemente y generar ningún derecho adquirido en favor de la demandante.

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, revoca el auto ejecutivo apelado de fecha 6 de noviembre de 1939 dictado contra el departamento del Atlántico, y en su lugar niega las peticiones de la demanda presentada por la señora María Ahumada v. de Blanco.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Anibal Cardoso Gaitán. — Arturo Tapias Pilonieta — El Conjuez, Luis Eduardo Gacharná. — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppad.

RESOLUCIONES MINISTERIALES — SU NOTIFICACION — DOCUMENTOS PUBLICOS

1. De acuerdo con la ley 77 de 1931, las resoluciones que dicten los Ministros del Despacho Ejecutivo, y que tengan por objeto resolver una solicitud sobre reconsideración o revocación de otra providencia de la misma índole, deben notificarse, después de lo cual quedarán ejecutoriadas. — 2. Cuando en la creación del documento interviene un funcionario público ejercitando un acto que le está atribuido por la ley o el reglamento, el documento adquiere la categoría de público y no importa que esté destinado a dar fe de un contrato entre la administración y un particular. — 3. Contra las resoluciones que dicten los Ministros del Despacho Ejecutivo en asuntos de sus respectivos ministerios, sólo existe el recurso de reposición para que se revoquen, reformen o aclaren, de conformidad con el artículo 1º de la ley 53 de 1909. En el caso de que el recurso de reposición sea resuelto desfavorablemente, no le queda al interesado otro camino que el de intentar la revisión de la respectiva providencia ejecutiva, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 78 del Código Contencioso-administrativo. Pero en manera alguna puede interponer en forma subsidiaria el recurso de apelación, ya que no existe ninguna disposición legal que así lo establezca.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, abril dos de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapia Pilonieta).

Por medio de la resolución ejecutiva número 1104 del 25 de abril de 1939, procedente del ministerio de guerra, confirmada luego por la número 1628 de 22 de noviembre del mismo año, se declaró que la sociedad "Macía & Cía." y el señor Benicio Ramírez han incurrido solidariamente, sin perjuicio de las demás sanciones a que pueda haber lugar, en las multas de mil pesos (\$ 1,000) y dos mil pesos (\$ 2,000) en favor del tesoro nacional, de acuerdo con lo previsto en los documentos de fianza a que se hace referencia en las aludidas resoluciones.

El juzgado nacional de ejecuciones fiscales de Bogotá, en auto de fecha 5 de febrero del año próximo pasado, con apoyo en las resoluciones ejecutivas y documentos relacionados, libró mandamiento de pago a favor de la nación y en contra de la sociedad comercial "Macía & Cía.", propietaria del "Almacén América", domiciliada en esta ciudad, y representada por el señor Benicio Ramírez, y contra este mismo en su carácter de fiador solidario de dicha sociedad, por la suma de tres mil pesos (\$ 3,000.00) moneda corriente, y por el valor de las costas del juicio.

El señor Benicio Ramírez, actuando como representante legal de "Macía & Cía." y como fiador solidario de esta sociedad, interpuso oportunamente el recurso de apelación contra el anterior mandamiento de pago, razón por la cual el expediente llegó a la Corte para la sustanciación y fallo del recurso. Agotada ya la tramitación de rigor, seguida con audiencia del señor procurador delegado en lo civil, la Sala procede a resolver en definitiva.

Por lo que hace a la eficacia legal del

mandamiento de pago en relación con el señor Benicio Ramírez, el apoderado especial de los ejecutados formula, entre otras alegaciones, la siguiente:

“La primera Resolución, número 1104, se notificó personalmente a los señores Macía y Ramírez. La segunda, número 1268, que no accedió a reponer la primera, sólo se notificó personalmente al señor Jesús Macía, como aparece de la copia de folios 67 del cuaderno principal, pero no se notificó en forma alguna, ni personalmente, ni por edicto fijado en la secretaría, al señor Benicio Ramírez, fiador, a quien también se menciona en las dichas resoluciones y contra quien fueron dictadas así mismo. Esto puede confrontarse claramente en los autos. Luego no quedó legalmente notificada, en forma completa, y por lo mismo tampoco está ejecutoriada”.

Se considera:

Para la Sala la anterior alegación se ajusta estrictamente a la ley y a la verdad procesal, y respecto de la situación jurídica del señor Ramírez da pie para sacar todas las conclusiones que señala su apoderado.

En efecto, el ordinal segundo de la ley 77 de 1931 dispone lo siguiente:

“Las resoluciones que dicten los Ministros del Despacho Ejecutivo, y que tengan por objeto resolver una solicitud sobre reconsideración o revocación de otra providencia de la misma índole, quedarán ejecutoriadas una vez que se notifiquen. La notificación se hará personalmente, o por medio de edicto que se fijará en lugar público de la oficina respectiva, tres días después de que se dicte la resolución de que se trata y permanecerá fijado por el término de tres días, sin perjuicio del término señalado en el artículo 81 de la Ley 130 de 1913 y de los fijados en la Ley 53 de 1909”.

De tal suerte que por mandato expreso de la Ley, la resolución número 1268 de 22 de noviembre de 1939, dictada por el ministerio de guerra, ha debido notificarse personalmente al señor Benicio Ramí-

rez, o a su apoderado legal, o por medio de un edicto que ha debido fijarse en lugar público de aquel despacho, por el término de tres días.

Revisado cuidadosamente el expediente se llega a la conclusión de que la resolución en referencia no se notificó al señor Ramírez en ninguna de las formas previstas en la ley mencionada, siendo por lo tanto el caso de considerar que con respecto a él no está ejecutoriada esa providencia administrativa.

En tales circunstancias la resolución número 1268 carece de firmeza respecto del señor Benicio Ramírez y no tiene, por lo tanto, entidad bastante para servir de fundamento legal a una ejecución.

De consiguiente, el mandamiento de pago en cuanto dice relación al señor Benicio Ramírez, debe caer, con todas las consecuencias procesales de rigor.

No sucede lo propio en lo atinente a la sociedad ejecutada, que actúa bajo la razón social de “Macía & Cía.”

Las alegaciones del apoderado de los ejecutados en cuanto se encaminan a demostrar la ilegalidad del mandamiento de pago respecto de dicha sociedad comercial, son las siguientes brevemente sintetizadas por la Corte:

a) Las resoluciones ejecutivas, emanadas del ministerio de guerra, que sirvieron al juzgado para librar el mandamiento de pago, no son título ejecutivo, sino simples declaraciones administrativas que no producen obligaciones civiles, ni efectos judiciales, ni generan obligaciones de pagar, ni menos pueden servir de título ejecutivo. Para que esta ejecución pudiera prosperar sería preciso que el mandamiento de pago tuviera como base una condena jurisdiccional formulada por el órgano judicial.

b) Los contratos o documentos de fianza de 20 de abril y 4 de octubre de 1939, que figuran en el expediente, tampoco tienen el carácter de títulos ejecutivos,

como quiera que no están reconocidas las firmas de los que los suscriben, ni aparecen tampoco registrados. De tal manera que no tienen valor probatorio de plena prueba, ni pueden por lo tanto servir de título ejecutivo, de acuerdo con lo que al respecto establecen los artículos 606, 637 y 982 del código judicial y 1769 del código civil; y

c) Las resoluciones ejecutivas en mención no están legalmente ejecutoriadas, puesto que el ministerio guardó silencio en relación con el recurso de apelación que como subsidiario del de reposición interpuso el señor Jesús Macía al tiempo de notificársele la resolución número 1104 ya citada. Y por la misma razón de estar pendiente un recurso interpuesto en tiempo y por parte legítima tampoco son definitivas las aludidas resoluciones.

Se considera:

Separadamente y en el orden en que han sido sintentizadas pasa la Sala a estudiar las anteriores alegaciones del apoderado de los ejecutados.

I. Los documentos de fianza de fechas 20 de abril y 4 de octubre de 1939, que obran a folios 19 y 21 del cuaderno principal, aparecen suscritos por el general secretario del ministerio de guerra y los señores Jesús Macía y Benicio Ramírez, amén de los testigos de rigor. Macía actuó como representante legal de la sociedad comercial "Macía & Cía." y Ramírez como fiador de la misma. Al tenor de lo pactado en tales contratos, a la referida sociedad se le concedió permiso por el ministerio para introducir al país las cantidades de cartuchos para armas de fuego que en los respectivos documentos se especifican, comprometiéndose la sociedad importadora a cumplir todas las disposiciones reglamentarias reguladoras de la importación y comercio de aquella clase de elementos. Expresamente se estipuló que en caso de contravención por parte de "Macía & Cía." a alguna de las disposiciones reglamentarias citadas, el fiador quedaba obligado a pagar las sumas de dinero que los mismos documen-

tos señalan, previa la correspondiente declaración administrativa del ministerio de guerra sobre el hecho de la contravención.

Los aludidos contratos fueron celebrados de conformidad con lo que sobre el particular disponen los artículos 7º, ordinal a) y 8º del decreto ejecutivo número 1206 de 1927, reglamentario del comercio de armas, explosivos y otros artículos similares. La primera de dichas disposiciones establece los requisitos que deben llenarse para introducir al país los llamados elementos de defensa personal, entre los cuales el decreto incluye los cartuchos para armas de fuego, exigiendo como indispensable un permiso por escrito del ministerio de la guerra, en el cual se haga constar:

"a) Que el interesado ha constituido una fianza solidaria a satisfacción del ministerio citado, o del respectivo Gobernador, Intendente Nacional o Comisario Especial, según el caso, con la cual debe asegurar que los elementos que va a importar no le serán vendidos sino a persona provista de un certificado expedido por la primera autoridad política del lugar, en que conste que el comprador es comerciante del artículo, e individuo pacífico y de buena conducta, o que tiene fábrica o empresa lícita establecida en que necesita alguno o algunos de esos elementos; y que los elementos referentes a altos explosivos son exclusivamente para fines industriales. A ese efecto, basta que el gerente o administrador o jefe de la empresa o fábrica a donde van destinados los elementos certifique que son para ese fin. Esta fianza no podrá ser menor, en ningún caso, de mil pesos en moneda legal, y en el documento de fianza se adherirán las estampillas de timbre nacional y de sanidad, según lo prescrito por el ordinal 5º del artículo 13 de la Ley 20 de 1923 y el artículo 13 de la Ley 53 de 1921. A la fianza se acompañará el testimonio de solvencia del fiador, de acuerdo con el artículo 2376 del Código Civil; y

"b) La cantidad y clase de los elementos que se van a introducir, el nombre de la persona que debe hacer el despacho, el del destinatario o consignatario, la Aduana por donde va a hacerse la importación, el lugar del destino y el del expendio".

El artículo 8º adscribe a la secretaría del ministerio de guerra la atribución de aceptar las fianzas de que trata el ordinal a) del artículo 7º

Entre las disposiciones reglamentarias sobre comercio de cartuchos para armas de fuego vigentes para la época en que se firmaron los documentos de fianza y que los demandados declararon conocer en todas y cada una de sus partes, figura la del artículo 11 del decreto número 951 de 1932, "por el cual se adiciona el 1206 de 1927, sobre restricción y reglamentación del uso de armas, y se dictan algunas medidas sobre orden público". El citado artículo dice así:

"Artículo 11. Las ventas al por mayor de armas de defensa personal y de cartuchos para las mismas, necesitan permiso del Ministerio de Guerra, permiso que deberá presentarse al alcáide del municipio en donde hayan de venderse, a fin de que este empleado pueda tomar nota de él y controlar los expendios de tales elementos: Las armas y cartuchos que se hallaren en poder de cualquier persona o establecimiento, sin el requisito expresado, serán secuestrados, hasta tanto que se cumpla la formalidad exigida".

Por lo que hace al hecho de la violación de las disposiciones reglamentarias en referencia, que el ministerio de guerra imputa a la sociedad "Macía & Cía.", en los dos primeros considerandos de la resolución ejecutiva número 1104 se dice lo siguiente:

"1º Que de las actas de visitas practicadas por las autoridades de policía el 23 de noviembre de 1938 y el 5 de julio de 1939 en el Almacén América de esta ciudad a los señores Macía & Cía. aparece que dicha sociedad vendió cartuchos para armas de fuego de defensa personal en dos ocasiones y con violación del artículo 11 del decreto número 954 de 1932, all

por mayor y sin permiso del Ministerio de Guerra (subraya la Sala);

"2º Que, por medio de documentos de fechas 20 de abril y 4 de octubre de 1938, el señor Benicio Ramírez se constituyó fiador solidario de la sociedad Macía & Cía., para el cumplimiento, por parte de ésta, de todas las disposiciones que reglamentan la importación y comercio de municiones y se obligó a pagar al Tesoro Nacional por vía de multa y en los casos de infracción las cantidades de mil (\$ 1,000) y dos mil pesos (\$ 2,000.00), respectivamente (fl. 11 del cuaderno principal).

Posteriormente en la resolución número 1628 de 1939, en virtud de la cual se negó la reposición de la número 1104 impetrada por los señores Macía y Ramírez, se formuló el siguiente considerando:

"c) Que si bien es verdad que el artículo 12 del decreto número 954 de 1932 y otras disposiciones señalan sanciones para el comercio irregular de armas y municiones, a ellas se refiere la resolución 1104 de 1939 cuando dice en su artículo 1º: 'Sin perjuicio de las demás sanciones a que pueda haber lugar', no habiendo impuesto la citada resolución 1104 sanciones distintas de las que los memoria-listas se comprometieron a aceptar en los documentos de fianza de 20 de abril y 4 de octubre de 1938, los cuales están basados en el ordinal a) del artículo 7º del decreto número 1206 de 1927 vigente en las citadas fechas" (fl. 3, id.)

De todo lo hasta aquí relacionado surge fácilmente la conclusión de que la sociedad "Macía & Cía." al infringir las disposiciones reglamentarias del comercio de armas y municiones, fehacientemente comprobada por el ministerio de guerra en colaboración con las autoridades de policía, se vio imposibilitada para presentar la documentación que el decreto número 1206 de 1927 exige a efecto de que sea cancelada la fianza impuesta a quienes se dedican al comercio de aquella clase de elementos. En tales circunstancias era de estricta aplicación el siguiente artículo del citado decreto:

"Artículo 16. A los introductores de ele-

mentos de que trata el presente Decreto, que no presenten la documentación debida para que se les cancele la fianza de que habla el punto a) del artículo 7º, se les declarará incurso en las penas correspondientes (subraya la Sala), se ordenará sacar copia de lo conducente y se pasará al respectivo Juez de Ejecuciones Fiscales para que las haga efectivas, a menos que presten nueva caución por el saldo de artículos no vendidos, caución que durará por otro año únicamente”.

Al tenor de la disposición que se acaba de transcribir, el ministerio de guerra, una vez constatado de modo fehaciente el hecho de la contravención por parte de “Macía & Cía.” a las disposiciones reglamentarias del comercio de armas y municiones, estaba plenamente autorizado para sancionar esa violación mediante la correspondiente resolución y ordenar el envío del expediente al juez de ejecuciones fiscales, a efecto de que este funcionario procediera a cobrar a la sociedad demandada y a su fiador las respectivas sumas de dinero estipuladas como sanción para ese evento.

De tal manera que las resoluciones ejecutivas analizadas se dictaron como remate de un proceso administrativo, en que con audiencia y participación de los demandados se llevaron a cabo por las autoridades de policía las investigaciones necesarias para poner de manifiesto el hecho de la violación por parte de la sociedad en referencia de las disposiciones reglamentarias ya citadas.

De lo dicho se desprende como consecuencia necesaria que la resolución número 1628 de 1939, por medio de la cual se negó la reposición impetrada por Macía y Ramírez contra la número 1104 del mismo año, legalmente notificada al representante de la sociedad “Macía & Cía”, según la constancia que obra al fl. 66 del cuaderno principal, debe considerarse como resolución definitiva ejecutoriada proferida por funcionario competente en ejercicio de sus funciones, sobre multas que deben ingresar al tesoro nacional. De

consiguiente, la aludida providencia presta mérito ejecutivo, al tenor de lo dispuesto por el numeral 3º del artículo 1059 del código judicial.

Frente a las anteriores consideraciones de la Corte aparecen desprovistas de todo fundamento legal las alegaciones del apoderado de los demandados en el sentido de que el mandamiento de pago apelado está basado en simples declaraciones administrativas que no pueden servir de título ejecutivo.

II. Tampoco acepta la Sala la alegación de los apelantes consistente en que los documentos de fianza citados no tienen el valor de plena prueba ni pueden por lo tanto servir de título ejecutivo.

En efecto, el reparo contra tales documentos, que se hace consistir en que no aparecen reconocidas las firmas de los que los suscriben ni registrados de acuerdo con la ley procesal, sería aceptable si se tratara de documentos privados, respecto de los cuales establece el artículo 637 del código judicial el requisito de su registro o reconocimiento.

Empero, como en la creación de los documentos en mención intervino el secretario del ministerio de la guerra, en su carácter de tál y en ejercicio de la facultad que para el caso le concede el artículo 8º del decreto ejecutivo número 1206 de 1927, las disposiciones de los artículos 1758 del código civil y 632 del código judicial imponen la conclusión de que se trata de instrumentos públicos o auténticos.

Esta misma Sala en auto de fecha 23 de octubre de 1940 sustentó la doctrina de que “cuando en la creación del documento interviene un funcionario público ejercitando un acto que le está atribuido 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”. (Juicio de lanzamiento de Roberto Fernández contra el Departamento de Cundinamarca).

Y si los documentos de fianza en mención tienen indiscutiblemente el carácter de instrumentos públicos y por lo tanto el valor de plena prueba, resultan inconducentes los reparos que les hace el apoderado de los demandados por no aparecer reconocidos ni registrados, ya que esta clase de requisitos no los exige la ley sino respecto de los documentos privados.

De consiguiente, tampoco prospera la anterior alegación de los apelantes.

III. Por último, la objeción consistente en que las resoluciones ejecutivas citadas no están ejecutoriadas y por ende no son definitivas como consecuencia de no haber resuelto nada el ministerio de guerra en relación con el recurso de apelación interpuesto contra aquéllas como subsidiario del de reposición, la Sala estima que se trata de una alegación desprovista de fundamento legal.

En efecto, contra las resoluciones que dicten los ministros del despacho ejecutivo, en asuntos de sus respectivos ministerios, sólo existe el recurso de reposición para que se revoquen, reformen o aclaren. Sobre el particular dice terminantemente el artículo 1º de la ley 53 de 1909:

“Las resoluciones con carácter definitivo que dicten los Ministros del Despacho Ejecutivo, en asuntos de sus respectivos Ministerios, pueden ser reconsideradas y revocadas por los mismos funcionarios, a petición del interesado respectivo, o de su apoderado, siempre que dicha petición se haga dentro del término de treinta días, contados desde la fecha en que tales resoluciones hayan quedado notificadas”.

En el caso de que el recurso de reposición sea resuelto en forma desfavorable, no le queda al interesado otro camino que

el de intentar la revisión de la respectiva providencia ejecutiva, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 78 del código contencioso-administrativo. Pero en manera alguna puede interponer en forma subsidiaria el recurso de apelación, ya que no existe ninguna disposición legal que así lo establezca. Bien sabido es que el recurso de apelación sólo puede interponerse para ante el superior, y en el caso de una resolución ejecutiva como la que ahora se estudia no existe funcionario o entidad que esté colocado por la constitución o la ley en un grado superior dentro de la escala jerárquica del órgano ejecutivo del poder público.

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, REFORMA el auto ejecutivo apelado dictado en este negocio, de fecha 5 de febrero del año próximo pasado, en el sentido de negar la ejecución contra Benicio Ramírez en su carácter de fiador solidario de la sociedad comercial “Macía & Cía.”, propietaria del “Almacén América”, de esta ciudad, dejando vigente la orden de pago contra la expresada sociedad.

Cópiese y notifíquese. Ejecutoriado este auto, continúe adelantándose ante la Corte el incidente de excepciones propuesto por Almacén América, Macía & Cía.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán.—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en pppdad.



NULIDAD DEL REMATE

La ley 105 de 1931 no adoptó el artículo 1082 del anterior Código Judicial. En vez de esta norma de carácter general e imperativo, el nuevo Código Judicial reglamentó la materia en forma diferente, pues sólo en el inciso 2º de su artículo 457 establece, a manera de excepción, que "la nulidad mencionada en el ordinal 2º del artículo 451, una vez aprobado el remate, sólo puede alegarse en juicio distinto, con audiencia del rematante". El ordinal 2º del artículo 451 dice que es causa de nulidad "la falta de las formalidades prescritas para hacer el remate". De manera que sólo en el caso que contempla el ordinal 2º del artículo 451, consistente en que la nulidad provenga de la falta de las formalidades para hacer el remate, tiene aplicación lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 457, o sea, que dicha nulidad sólo puede alegarse en juicio distinto con audiencia del rematante. En consecuencia, hoy la declaración de nulidad de un juicio ejecutivo acarrea la nulidad del remate verificado en él, salvo que la nulidad provenga de la falta de las formalidades prescritas para hacer el remate, pues, en este caso, si el remate ha sido ya aprobado, la nulidad sólo puede alegarse en juicio distinto, con audiencia del rematador.

do por la Sindicatura del Impuesto de Herencias, Asignaciones y Donaciones, en nombre de la Nación, contra los herederos de José Florentino García, ha venido a la Corte en virtud de dos apelaciones interpuestas y concedidas, la una contra la llamada Resolución número 149 de 4 de junio de 1940, y la otra, contra la providencia de fecha 12 de noviembre de 1940, originarias ambas de la prenombrada Sindicatura. Tramitadas como han sido, se procede a decidir.

Resolución número 149 de 4 de junio de 1940.—El doctor Leandro Medina, apoderado de Rosa E. García de Galvis, recurrió de hecho ante la Corte para que se le concediese apelación contra esta Resolución. La Corte, en providencia del 19 de septiembre de 1940, concedió la apelación, estimando que la Sindicatura dio el nombre de resolución administrativa a lo que por su naturaleza jurídica era un auto interlocutorio dictado en el presente juicio, obrando aquélla como juez executor y no como funcionario administrativo, y por medio de la cual dispuso la Sindicatura la entrega a Jesús Peña García de la cantidad de \$ 1,264.84, conforme orden del Juez 1º Civil de Chiquinquirá, suma ésta perteneciente al remanente del remate verificado por la Sindicatura de uno de los bienes relacionados en la sucesión de José Florentino García para el pago del impuesto por el cual se inició el presente juicio.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, abril diez y siete de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

El presente juicio ejecutivo adelanta-

Procede considerar la legalidad del auto recurrido.

El señor Procurador dice que la dicha Resolución número 149 fue proferida cuando ya se había hecho al Síndico el pago del impuesto para el cual se había recurrido a la vía ejecutiva, es decir, ya

la Nación había recavado el pago de la acreencia a su favor. En otras palabras, el vínculo jurídico que existía entre la Nación como acreedora, y la sucesión de García Quiñones como deudora, había sido solucionado a cabalidad, y que por tanto, desaparecido el interés jurídico de la Nación, no tiene, en su calidad de Procurador, por qué intervenir en la secuela de incidencias litigiosas que no responden a ningún interés directo de su representado.

A la Sala le merecen todo respeto las consideraciones del señor Procurador, pero no puede menos de observar que declarada judicialmente la nulidad de lo actuado, la Nación continúa vinculada a la acción sobre cobro del impuesto a la sucesión del señor García Q., pues, no siendo concebible que tal pago se haya obtenido mediante un procedimiento que, por ilegal, ha sido anulado en su totalidad, el cobro de tal impuesto está pendiente y debe hacerse por las vías legales.

En providencia fechada el 13 de julio de 1940 la Corte decidió el incidente de nulidad del juicio, así: "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, infirma el auto proferido por la Sindicatura del Impuesto de Herencias, Asignaciones y Donaciones el día 11 de diciembre de 1939, y en su lugar declara la nulidad de lo actuado en las presentes diligencias ejecutivas a partir del auto de mandamiento ejecutivo".

Al hacerse la anterior declaración no se formuló excepción ninguna. La nulidad comprende todo el proceso a partir del auto de mandamiento ejecutivo, máxime si el auto recurrido es de fecha anterior a la declaratoria de nulidad. El vicio de nulidad que afecta el proceso es radical, fundamental y preexistente a su iniciación; sería contrario a la lógica atribuirle efectos legales a la providencia de fecha 4 de junio de 1940. La nulidad del juicio acarrea e incluye la del auto recla-

mado. Por tanto, debe declararse que carece de todo efecto legal en el proceso.

Auto de fecha 12 de noviembre de 1940. Por medio de esta providencia la Sindicatura negó las siguientes peticiones que le fueron hechas por los interesados en memorial de fecha 5 de noviembre de 1940:

a) Oficiar al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Chiquinquirá para que cancele el registro del remate hecho por ese Despacho, de la finca de Betania, por los linderos con que esta finca fue determinada en la correspondiente diligencia de remate; y

b) Comisionar al señor Juez Primero del Circuito de Chiquinquirá, librándole al efecto el correspondiente despacho, para que le haga entrega de la indicada finca de Betania, por los linderos con que esta finca fue determinada en la correspondiente diligencia de remate, al actual secuestre de los bienes de la indicada mortuoria, señor Santiago Páez Rueda, a quien debe volver la administración de la finca de Betania por haber desaparecido los efectos legales de la traba ejecutiva a que la sujetó ese Despacho.

La Sindicatura, para fundamentar la negativa, dijo que la declaración de nulidad de un juicio ejecutivo no acarrea la nulidad del remate verificado en él, cuando el rematador ha cumplido con lo de su cargo.

El señor Procurador acoge la tesis de la Sindicatura y concluye: "El simple hecho de la nulidad declarada del juicio ejecutivo, en que dicho rematador no ha sido parte, en que no ha actuado, no puede echar por tierra la situación jurídica creada a su favor por el remate, acto éste en que sí hubo ya su intervención, en que sí hubo su declaración de voluntad en concurrencia con la declaración de voluntad del tradente, representado por el Juez".

Se considera:

El artículo 1082 del antiguo Código Judicial establecía efectivamente que nin-

gún remate en que el rematador hubiera cumplido con lo de su cargo podía anularse sino en juicio ordinario separado del juicio ejecutivo. Esta disposición no fue adoptada por la ley 105 de 1931. En vez de aquella norma de carácter general e imperativo, el nuevo Código de Procedimiento reglamentó la materia en forma diferente, pues sólo en el inciso segundo de su artículo 457 establece, a manera de excepción, que "la nulidad mencionada en el ordinal 2º del artículo 451, una vez aprobado el remate, sólo puede alegarse en juicio distinto, con audiencia del rematante". El ordinal 2º del artículo 451 dice que es causa de nulidad "La falta de las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes".

De manera que sólo en el caso que contempla el ordinal 2º del artículo 451, consistente en que la nulidad provenga de la falta de las formalidades para hacer el remate, tiene aplicación lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 457, o sea, que dicha nulidad sólo puede alegarse en juicio distinto con audiencia del rematante. En consecuencia, hoy la declaración de nulidad de un juicio ejecutivo acarrea la nulidad del remate verificado en él, salvo que la nulidad provenga de la falta de las formalidades prescritas para hacer el remate, pues, en este caso, si el remate ha sido ya aprobado, la nulidad sólo puede alegarse en juicio distinto, con audiencia del rematante.

Esta excepción no incide en el caso de autos. La nulidad decretada por la Sala en providencia de fecha 13 de julio de 1940 se fundó en el precepto consignado en el ordinal 3º del artículo 451 del C. J. que establece, como causal de nulidad, el librar o seguir la ejecución después de la muerte del deudor, sin que se haya llenado la formalidad de que trata el art. 1434 del C. C.

El remate de la finca de Betania tuvo lugar el día 11 de diciembre de 1939. Con anterioridad a esa fecha, el día 28 de noviembre de 1939 el doctor Leandro Medina había pedido se declarara la nulidad del proceso y que la Sindicatura se abs-

tuviera, por tanto, de llevar adelante el remate de bienes en el juicio. Por manera que, estando propuesta y fundamentada la nulidad con anticipación suficiente a la fecha del remate y pedida igualmente la sucesión del mismo; y habiéndose apelado el auto que negó la nulidad y la suspensión desde antes de haberse procedido a la subasta, no puede el rematador, en tales condiciones, pretextar ignorancia de los vicios que invalidaban el remate. Hubiera podido el rematador hacer uso del derecho consagrado en el art. 233 del C. J., interviniendo en el juicio como coadyuvante y en esa forma hacerse oír durante el trámite del incidente de nulidad ante la Corte. No habiéndolo hecho así, estando facultado para ello, su omisión no puede impedir ni aminorar los efectos de la nulidad legalmente declarada.

Por manera que, lo pedido en memorial de fecha 5 de noviembre de 1940, estaba ajustado a la realidad procesal, y la Sindicatura ha debido acceder a ello. La Corte, al infirmar el auto recurrido, ordena a la Sindicatura proceda en consecuencia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1º Infirmary la providencia distinguida con el nombre de Resolución número 149 de 4 de junio de 1940 por considerarla comprendida dentro de la declaratoria de nulidad del proceso pronunciado por esta Sala en fallo de fecha 13 de julio de 1940.

2º Infirmary el auto de fecha 12 de noviembre de 1940, proferido por la Sindicatura del Impuesto de Herencias, Asignaciones y Donaciones y en su lugar declarar que debe accederse a las peticiones que fueron negadas en dicha providencia.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Arturo Tapias Pilonieta. — Manuel Pineda Garrido, Srio. en p[ro]dad.

PRELACION DE CREDITOS. —PRENDA AGRARIA.

Dada la distinta naturaleza de los bienes afectados con el gravamen hipotecario y los afectados con el privilegio especial de la segunda clase (artículo 2497 C. C.), entre esas dos categorías de créditos no puede hablarse de prelación, porque se trata de afectaciones ligadas y limitadas a objetos especiales. Así el posadero, el acarreador y acreedor prendario, no pueden pretender que se les satisfaga preferentemente sus créditos con los bienes afectados por créditos hipotecarios, que constituyen la tercera categoría de créditos según el art. 2499 del Código Civil, porque el privilegio preferencial de aquéllos está radicado exclusivamente en los bienes muebles respectivos de que habla el art. 2497; de la misma manera que el acreedor hipotecario no puede hacerle competencia a los acreedores de la segunda clase para conseguir que su crédito se pague con los bienes muebles destinados a garantizar los créditos de dicha segunda clase.

El artículo 55 de la ley 57 de 1931 dispone que gozarán de privilegio los créditos garantizados con prenda agraria "después de que se hayan satisfecho los créditos indicados en el artículo 2495 del Código Civil", es decir, los que dan privilegio general sobre todos los bienes del deudor. El hecho de que el artículo diga que los créditos de prenda agraria se satisfacen después de que se hayan pagado los de la primera clase, no los coloca en esta categoría; al contrario, los excluye de ella y los coloca dentro de la segunda clase de créditos privilegiados (artículo 2497), por tratarse de créditos asegurados con una garantía específica sobre bienes muebles.

Si bien es cierto que la hipoteca constituida sobre bienes raíces afecta los

muebles que por acción de aquéllos se reputan inmuebles, según el art. 2445 del Código Civil, con relación a la prenda agraria rige el art. 12 del Decreto número 553 de 1932. Pero los bienes constituidos en prenda agraria son distintos de la finca raíz en donde ellos se encuentran.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, abril veintidós de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

En el juicio ejecutivo iniciado ante el señor juez municipal de Fusagasugá por Manuel García contra Pablo Emilio Baquero, por suma de pesos, introdujo una tercería el departamento de Cundinamarca, y por ello entró a conocer del negocio el tribunal superior de este distrito judicial. También introdujo en el mismo juicio otra tercería la "Sociedad Seccional de Crédito Agrario e Industrial de Fusagasugá".

El tribunal en sentencia de fecha veintuno de agosto del año próximo pasado, dictó la correspondiente sentencia de graduación de créditos, de la cual apeló únicamente el señor fiscal del tribunal en representación del departamento tercerista. Surtida la tramitación de rigor del recurso ante la Corte, es ya el momento de definirlo.

La naturaleza de los créditos.

1º El crédito del departamento de Cundinamarca consta en la escritura pública número 573 del 13 de mayo de 1937, otorgada en la notaría de Fusagasugá, por

medio de la cual Pablo Emilio Baquero le compró al mencionado departamento una parcela de tierra por la cantidad de \$ 263.87 de los cuales pagó de contado \$ 26.54, comprometiéndose a pagar el resto del precio dentro de cierto plazo y garantizando la obligación con hipoteca de la misma finca. El acreedor cobra la parte insoluta del crédito con sus intereses.

2º El crédito de la Sociedad Seccional de Crédito Agrario e Industrial de Fusagasugá consta en un documento privado fechado el 19 de septiembre de 1938, suscrito por Baquero, y debidamente registrado, según el cual éste recibió en préstamo de la referida sociedad la cantidad de \$ 180, por el término y los intereses estipulados, y para garantizar sus obligaciones constituyó prenda agraria, sobre la producción total, durante el plazo del contrato, de los cafetales de la finca denominada "El Porvenir", la misma que hipotecó al departamento de Cundinamarca, y que se embargó en el juicio.

3º El crédito del ejecutante Manuel García consta en los documentos privados de 29 de enero y 21 de febrero de 1938, por las sumas de \$ 150 y \$ 70, respectivamente.

La sentencia.

El tribunal dispuso que los créditos se pagaran con el siguiente orden de prelación: a) las costas judiciales; b) el crédito de la "Sociedad Seccional de Crédito Agrario e Industrial de Fusagasugá"; c) el crédito del departamento de Cundinamarca; y d) el crédito del señor Manuel García.

Como se dejó dicho la finca embargada por este último acreedor, es la misma que fue hipotecada al departamento para garantizar su crédito, y cuyos cafetales en lo tocante a todas las cosechas constituyen la prenda agraria de la Seccional de Crédito de Fusagasugá.

El tribunal para justificar la preferencia absoluta del crédito de la seccional sobre el hipotecario del departamento, dijo lo siguiente:

"Estableció la ley 57 de 1931, artículo 55, que los créditos garantizados con prenda agraria gozan de privilegio, después de que se satisfagan los créditos de primera clase, lo que indica que esta clase de créditos deben ser pagados preferentemente cuando concurren con créditos hipotecarios, los cuales, según el art. 2499 del Código Civil, pertenecen a la tercera clase.

"En tal virtud, debe ordenarse su pago preferentemente, una vez cubiertas las costas judiciales causadas en interés general de los acreedores, por ser éstas un crédito de los comprendidos en la primera clase (artículo 2495, numeral 1º del C. C.)."

El fundamento del recurso.

El señor procurador delegado en lo civil sustenta el recurso de apelación interpuesto por el departamento de Cundinamarca, exponiendo el siguiente razonamiento con el cual combate la anterior apreciación del sentenciador:

"Los términos de ese considerando del tribunal parecen involucrar el concepto de que las cuatro clases de créditos privilegiados de que trata el Título 40 del Libro 4º del Código Civil se pagan siempre, en todo caso y circunstancias, en el orden de preferencia que indica la numeración respectiva. De ahí que se afirme que los créditos de primera clase —y, por consecuencia, los de segunda en su caso— "deben ser pagados preferentemente" cuando concurren con créditos hipotecarios, "los cuales, según el artículo 2499 del Código Civil, pertenecen a la tercera clase".

"Sabido es que, entre los bienes del deudor que se encuentran en la situación que se estudia en el presente juicio, y que comprenden la prenda pretoria, hay algunos que están afectos, exclusivamente en principio, a privilegios especiales, como aquellos sobre que recae un derecho de retención y los dados en prenda o hipoteca (clases 2ª y 3ª, artículos 2497 y 2499 del Código Civil). Los demás bie-

nes comprendidos en la prenda pretoria responden, también en principio de manera exclusiva, de los privilegios generales (1ª y 4ª clase de créditos: artículos 2495 y 2502 del Código Civil).

“Como consecuencia lógica de lo anterior, trae el Código los siguientes preceptos:

“1º Afectando a una misma especie de créditos de la primera y créditos de la segunda, excluirán éstos a aquéllos...” (Artículo 2498); y 2º “Los créditos de la primera clase no se extenderán a las fincas hipotecadas...” (Art. 2500 *ibidem*).

“Sólo en el caso, que debe tenerse como excepcional, de que los demás bienes que constituyen la prenda pretoria fueren insuficientes para cubrir los créditos de la primera clase, deben concurrir los bienes afectados específicamente (los de 2ª y 3ª clases), para solucionar el déficit de aquellos, según concluyen los dos artículos que se acaban de citar.

“De ahí que se sostenga —frente a la errada apreciación del Tribunal— que no siempre, ni en todos los casos o circunstancias, el orden formal de prelación que fija el Código (en cuatro clases, o cinco si se incluye la de los créditos no privilegiados, artículo 2509), haya de ser rigurosamente, el orden de prelación o preferencia jurídica. La tesis del Tribunal es anticientífica, por cuanto sólo es valedera en los casos de excepción, como acaba de verse.

“Para fundamentar mejor la tesis de la Procuraduría, viene al caso, entre otros, formular ante el criterio ilustrado y estudioso de la Honorable Sala el siguiente interrogante:

“Si en virtud del mandato del artículo 2498, los bienes afectos específicamente a los privilegios de la segunda clase, tuvieron que ser consumidos jurídicamente en el pago de los créditos de primera clase, quedando insolutos en todo o en parte los dichos créditos de segunda clase, tendrían que concurrir a este último pago los bienes afectos específicamente a los créditos hipotecarios o de tercera clase?

“La respuesta es absolutamente negativa por dos razones: 1ª Porque el Código no estatuye que los bienes que garantizan los créditos hipotecarios deban concurrir en caso alguno al pago de los créditos de segunda clase (no hay que olvidar que nos referimos a la ordenación del Código y que, por tanto, no contemplamos en esta parte de la exposición el problema de la prenda agraria); y 2ª Porque el artículo 2510 (C. C.) establece que “los créditos preferentes que no puedan cubrirse en su totalidad por los medios indicados en los artículos anteriores, pasarán por el déficit a la lista de los bienes (de los créditos, debió decir el Código) de la quinta clase...”, o sea aquellos que no gozan de preferencia. (Subraya el suscrito).

“Se puede ver muy claro, pues, que —por el aspecto estudiado— los créditos de segunda clase no están en una categoría superior a los de tercera clase. Así, si los de tercera clase (hipotecarios) estuvieran en una categoría inferior a los de segunda, aquellos tendrían que concurrir al pago de los saldos insolutos de esta segunda clase. Acabamos de ver que ello no es así. Y no lo es, por tratarse de garantías específicas, de privilegios especiales que sólo afectan a determinado bien; por tanto, el bien que garantiza un crédito especial cualquiera no concurre al pago de los otros créditos garantizados también específicamente”.

.....

“En conclusión de este primer punto tratado, el concepto de la Procuraduría es que yerra el Tribunal al sustentar la tesis simplista de que ya que los créditos garantizados con prenda agraria son colocados por el mandato de la Ley 57 de 1931, en orden de preferencia, después de los créditos de primera clase, aquellos deben ser pagados preferentemente cuando concurren con créditos hipotecarios por pertenecer éstos a la tercera clase.

“Desde luego, sí es cierto que tienen preferencia los créditos garantizados con prenda agraria sobre los créditos hipote-

carios —sin olvidar que estas dos clases de créditos no se extienden a las mismas clases de bienes, pues la prenda no puede gravar al bien raíz hipotecado— pero aquello no es en razón de lo argumentado por el Tribunal, sino en virtud de un precepto expreso y claro de reciente legislación a ese respecto. Tal es el artículo 12 del Decreto 553 de 1932, cuyo inciso final estatuye: “El acreedor prendario tendrá preferencia respecto del acreedor hipotecario sobre los bienes constituidos en prenda agraria o industrial, sin perjuicio de que el remanente de dichos bienes, una vez cubierto el crédito prendario, se destine al pago de la deuda hipotecaria”.

La decisión de la Corte.

Para esta sala de negocios generales las razones anteriormente transcritas del señor procurador delegado en lo civil son rigurosamente exactas. En su sentir ellas traducen bien la manera como debe entenderse la graduación que la ley civil establece entre los créditos de segunda, garantizados con bienes muebles, y los créditos de tercera clase, garantizados con hipoteca sobre inmuebles. Dada la naturaleza distinta de los bienes afectados con el gravamen hipotecario y los afectados con el privilegio especial de la segunda clase (artículo 2497), entre esas dos categorías de créditos no puede hablarse de prelación, porque se trata de afectaciones ligadas y limitadas a objetos especiales; así el posadero, el acreedor y el acreedor prendario, no pueden pretender que se les satisfagan preferentemente sus créditos con los bienes afectados por créditos hipotecarios, que constituyen la tercera categoría de créditos según el artículo 2499 del Código Civil, porque el privilegio preferencial de aquéllos está radicado exclusivamente en los bienes muebles respectivos de que habla el artículo 2497; de la misma manera que el acreedor hipotecario no puede hacerle competencia a los acreedores de la segunda clase para conseguir que su

crédito se pague con los bienes muebles destinados a garantizar los créditos de dicha segunda clase.

El artículo 55 de la ley 57 de 1931 dispone que gozarán de privilegio los créditos garantizados con prenda agraria, “después de que se hayan satisfecho los créditos indicados en el artículo 2495 del Código Civil”, es decir los que dan privilegio general sobre todos los bienes del deudor.

El hecho de que el artículo diga que los créditos de prenda agraria se satisfacen después de que se hayan pagado los de la primera clase, no los coloca en esta categoría; al contrario los excluye de ella y los coloca dentro de la segunda clase de créditos privilegiados (artículo 2497), por tratarse de créditos asegurados con una garantía específica sobre bienes muebles. Ahora, averiguar qué lugar ocupan dentro de esa segunda categoría, es problema cuya consideración carece de importancia en la solución del que confronta la sala.

Si bien es cierto que la hipoteca constituida sobre bienes raíces afecta los muebles que por accesión a aquellos se reputan inmuebles, según el artículo 2445 del C. Civil, con relación a la prenda agraria rige el artículo 12 del decreto 553 de 1932, citado por el señor procurador, que preceptúa: “El acreedor prendario tendrá preferencia respecto del acreedor hipotecario sobre los bienes constituidos en prenda agraria e industrial, sin perjuicio de que el remanente de dichos bienes, una vez cubierto el crédito prendario, se destine al pago de la deuda hipotecaria”.

Pero los bienes constituidos en prenda agraria son distintos de la finca raíz en donde ellos se encuentran. De ahí el error del tribunal cuando sin hacer la debida separación entre las dos clases de bienes distintos que respectivamente respaldan los créditos de la Seccional de Crédito de Fusagasugá y del departamento de Cundinamarca, compromete la totalidad del inmueble hipotecado en el pago del crédito del otro tercerista garantizado con la

prenda de las cosechas del mismo inmueble, únicamente.

De donde se infiere que la apelación es fundada e impone la reforma de la sentencia del inferior.

Sentencia.

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, reforma el capítulo segundo de la parte resolutive del fallo del tribunal, capítulo que queda así:

Segundo. Remátense los bienes embargados al ejecutado, y con su producto, páguense los créditos que se cobran, así:

A) En primer lugar y con preferencia sobre todos los demás créditos, las costas judiciales causadas en interés de todos los acreedores;

B) Con el producto de las cosechas de los cafetales de la finca de "El Porvenir",

a partir de la época de la constitución de la prenda agraria, se pagará preferentemente el crédito de la "Sociedad Seccional de Crédito Agrario e Industrial de Fusagasugá";

C) Con el producto del resto del mismo inmueble, se atenderá preferencialmente al pago del crédito hipotecario del departamento de Cundinamarca;

D) Si los dos créditos anteriores no alcanzan a cubrirse en su totalidad con el precio de los bienes especialmente a ellos afectados, deben pasar por el déficit a cubrirse a prorrata en concurrencia con el crédito del señor Manuel García.

Publíquese, 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. en ppad.

ACCION DE DESPOJO DE LAS MINAS DEL RIO TELEMBI — JURISDICCION ADMINISTRATIVA. — RECURSO CONTENCIOSO DE PLENA JURISDICCION Y DE ANULACION COMUN. — IRREVISIBILIDAD POR LA JUSTICIA ORDINARIA DE LAS DECISIONES PROFERIDAS POR LA JURISDICCION ADMINISTRATIVA

1. El artículo 1º de la ley 130 de 1913 establece la jurisdicción contencioso-administrativa para la revisión de los actos de empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, es decir, cuando en aquellos actos se desarrolla un exceso o ampliación irregular de poder o una desviación del mismo; el artículo 4º de la ley 80 de 1935 extiende la jurisdicción al restablecimiento del derecho violado. Y al determinar el artículo 93 de la ley 130 de 1913 que las sentencias del órgano contencioso-administrativo, una vez ejecutoriadas, no son revisables por la justicia ordinaria, consagra su independencia. No es la jurisdicción contencioso-administrativa una jurisdicción de excepción; tampoco representa una desmembración de la ordinaria; es un poder autónomo, fruto de una evolución histórica, mediante el cual se impone a la administración el respeto del derecho. Aun cuando el derecho vulnerado sea estrictamente civil, como el que tiene el dueño del terreno que ha sido víctima de una expropiación de hecho, de la demanda para su indemnización conoce la jurisdicción administrativa. — 2. El recurso establecido o perfeccionado por la ley 80 de 1935 no es el de anulación común, por exceso de poder, de los actos administrativos, sino el contencioso de plena jurisdicción. Al lado de la anulación erga omnes de los actos administrativos del poder público puede intentarse y obtenerse su anulación en jurisdicción plena, para que se restablezca también en forma completa el derecho desconocido o afectado. Y siendo esto

así es aceptable el concepto de que "por el contencioso de plena jurisdicción se parecen los tribunales administrativos a los civiles, pues actúan como jueces de hecho y de derecho, deciden sobre el fondo de un proceso, declaran derechos, constatan lo que se debe, condenan a restitución o a pago", todo lo cual corresponde al contencioso de plena jurisdicción en Colombia. En cuanto al recurso paralelo del de exceso de poder debe observarse que la evolución del derecho administrativo ha producido en algunos casos, como ocurre en Colombia, organizaciones jurisdiccionales en que no es necesario considerar si existe o no un recurso paralelo al de exceso de poder, ni las consecuencias que de ello se deriven, porque los poderes de plena jurisdicción envuelven la potestad jurisdiccional bastante para que cuando de ella se haga uso los fallos que se profieran pongan término de modo definitivo a la controversia que suscitó el acto de la administración vulneratorio de derechos privados. — 3. El artículo 434 del Código de Minas se explica por la circunstancia de que cuando se expidió ese código aún no se hallaba establecida en Colombia la jurisdicción administrativa. Creada ésta para conocer privativamente de ciertas lesiones del derecho individual, por el mismo hecho se reformaron, si no expresa, sí implícitamente, las reglas anteriores sobre competencia. — 4. Las decisiones de la jurisdicción contencioso-administrativa son obligatorias y no están sujetas a revisión por parte de la justicia ordinaria. — 5. El artículo 19 del

Código Fiscal es de orden público. Así, pues, la prohibición que haga el Gobierno apoyado en ese artículo, cuyo carácter imperativo a cargo de los particulares resalta a primera vista, forzosamente se traduce en órdenes, las que a su turno adoptan el carácter de actos administrativos que, es claro, difieren por múltiples conceptos de los llamados actos jurisdiccionales.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, abril veinticinco de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto profirió sentencia el nueve de mayo de 1940 en el juicio por despojo violento causado por autoridad pública que la Compañía Minera de Nariño, S. A., por medio de apoderado, propuso contra la Nación, representada por el respectivo Agente del Ministerio Público. La sentencia desató la litis favorablemente a las pretensiones del demandante y ordenó en su parte resolutive "restituir a la Compañía Minera de Nariño, S. A., en la tenencia de las minas Telembí número 3, 4, 5, 6 y 7, situadas en el lecho del río Telembí, jurisdicción del Distrito de Barbacoas, por los linderos señalados en la demanda" y agregó "en consecuencia, cesan los efectos de las órdenes impartidas por el señor Secretario de Gobierno de Nariño, sobre suspensión de los trabajos que efectuaba la Compañía precitada en las minas antes mencionadas".

A solicitud del demandante el propio Tribunal se trasladó a la ubicación de las minas y restituyó en la tenencia de ellas a la Compañía Minera de Nariño, ejecutando así su providencia que ordenó hacer la restitución. En el acta de la diligencia se hace constar además que cesan desde entonces los efectos de las órdenes impartidas sobre suspensión de los tra-

bajos que ejecutaba la mencionada Compañía.

Por apelación de la sentencia aludida, interpuesta por el Fiscal del Tribunal, ha venido el juicio a la Corte.

En ella se le dio la tramitación que le corresponde, recibiendo sendos alegatos del señor Procurador Delegado en lo Civil y del señor abogado de la Compañía demandante.

La demanda

En el libelo manifiesta el apoderado:

"..... comparezco ante vosotros, para demandar en nombre de la citada Compañía, como en efecto demando, en juicio posesorio por despojo violento, causado por autoridad pública, de que trata el capítulo XXIV del C. de Minas, especialmente en sus artículos 433, 434, 437, 438, 439, 440 y artículo 331 de la misma obra, a la Nación, representada por el señor Fiscal de ese honorable Tribunal Superior....., para que previo informe de los señores Secretario de Gobierno de este Departamento y Fiscal de ese honorable Tribunal Superior, empleados ejecutores del despojo violento, en sentencia ordene: Restituir, inmediatamente notificado el fallo, a la Compañía Minera de Nariño, S. A., domiciliada en Barbacoas, en la tenencia de las minas de oro y plata, de aluvi6n, denominadas Telembí número 3, Telembí número 4, Telembí número 5, Telembí número 6, Telembí número 7, situadas en el lecho del río Telembí, jurisdicción del distrito de Barbacoas, provincia del mismo nombre, en este Departamento y alinderadas así, de acuerdo con sus respectivos títulos: "Telembí número 3, 'y al efecto, tomando como punto de partida la ribera derecha de la desembocadura del riachuelo Inguambí, se midieron ciento ochenta metros hasta el lado opuesto del Telembí y de esta base se continuó la medida de los cinco kilómetros de longitud, siguiendo el curso del Telembí, aguas arriba, hasta la desembocadura del río Guaguí, frente

a la cual y en la ribera opuesta del Telembí se fijó el mojón respectivo, siendo en esta parte el ancho de este río de noventa metros'; 'Telembí número 4' 'habiéndose tomado por base la desembocadura del río Guaguí, se midieron de esta desembocadura hacia la ribera opuesta del Telembí, ochenta metros, y en esta ribera se fijó un poste: en seguida se siguió la medida por el curso del Telembí y resultaron cinco mil metros hasta el punto donde desagua la quebrada Mongón, lindero divisorio de las minas Teraimbe y Las Mercedes, y de la boca de Mongón, se midieron cien metros hasta la orilla opuesta del río en donde se fijó otro poste'; 'Telembí número 5', 'habiéndose tomado por base la desembocadura de la quebrada Mongón, se midieron hacia la ribera opuesta del Telembí, cien metros y en esta ribera se fijó un poste: De esta base se continuó la medida por el curso del Telembí y resultaron cinco mil metros hasta la desembocadura en la quebrada Cuacuá, frente a cuya desembocadura, en la ribera opuesta del río Telembí, se fijó como mojón un tronco de peña, siendo el ancho del río en esta parte de ciento cuarenta metros'; 'Telembí número 6', 'habiéndose tomado por punto de partida la ribera derecha de la quebrada Cuacuá, se midieron hacia la ribera opuesta del Telembí, ciento cuarenta metros y de esta base se continuó la medida por el curso del Telembí y resultaron cinco mil metros hasta la desembocadura de la quebrada Boacé, frente a cuya desembocadura, en la ribera opuesta del río Telembí, se fijó un poste, siendo el ancho del río en esta parte de noventa metros'; y, 'Telembí número 7' 'habiéndose tomado por punto de partida la ribera izquierda de la quebrada Boacé, se midieron hacia el lado opuesto del río Telembí, noventa metros, y de esa base se continuó la medida por el curso del Telembí y resultaron cinco mil metros, hasta la desembocadura de la quebrada 'San Carlos', frente a la cual en la margen opuesta del Telembí, se fijó un mojón, siendo el ancho del

río en este punto de cuarenta metros".

Como hechos básicos de la acción el libelo señaló los relacionados en los puntos 1º a 9º que en seguida se copian:

"1º Las minas Telembí número 3, Telembí número 4, Telembí número 5, Telembí número 6 y Telembí número 7, objeto de la presente demanda, fueron adjudicados en propiedad en el año de 1899, en virtud de títulos expedidos por el Estado y redimidas a perpetuidad en el mismo año;

"2º Por pérdida de los títulos primitivos, ocurrida en el incendio de Barbacoas en el año de 1902, se expidieron en el año de 1906, nuevos ejemplares de ellos de conformidad con la ley.

"3º Los propietarios de las minas ya indicadas, han estado en posesión legal y material de las mismas desde el año de 1899, año de su adjudicación, hasta la fecha.

"4º En virtud de los contratos contenidos en las escrituras números 146 y 33 de 13 de febrero de 1929 y 13 de diciembre de 1934, respectivamente, otorgadas ante los Notarios públicos de los Circuitos de Cali y Barbacoas, la Compañía Minera Chocó Pacífico, S. A.", tomó en arrendamiento las minas denominadas Telembí número 3, Telembí número 4, Telembí número 5, Telembí número 6 y Telembí número 7, alínderadas anteriormente;

"5º La Compañía Chocó Pacífico, S. A., en virtud de los contratos indicados en el punto anterior, exploró y explotó las minas en referencia hasta el día 10 de agosto del año de 1936, fecha en la cual traspasó el contrato de arrendamiento;

"6º Por escritura número 71 de 10 de agosto de 1936, otorgada ante el Notario público del Circuito de Barbacoas, se constituyó la Compañía Minera de Nariño, S. A., con domicilio en esa ciudad;

"7º Por la misma escritura número 71 de 10 de agosto de 1936, antes citada, la Compañía Chocó Pacífico, S. A., traspasó sus derechos de arrendataria de las minas de Telembí número 3, Telembí nú-

mero 4, Telembí número 5, Telembí número 6 y Telembí número 7, a la Compañía Minera de Nariño, S. A.;

"8º Desde la fecha del traspaso del arrendamiento a la Compañía Minera de Nariño, S. A., ésta exploró y explotó tranquilamente y pacíficamente, como lo hizo la Compañía cedente del arrendamiento, las minas indicadas y a las que se refiere esta demanda, hasta los días comprendidos entre el 1º y 25 de junio del año en curso (1939); y

"9º En los días 19, 20, 21, 22 y 25 de junio del año en curso, el señor Secretario de Gobierno de este Departamento, en asocio del señor abogado de la Sección de Minas y Baldíos, del Secretario de la misma, y de varios agentes de policía, suspendió, usando la fuerza, los trabajos de exploración y explotación que la Compañía Minera de Nariño, S. A., venía efectuando en las minas Telembí número 3, Telembí número 4, Telembí número 5, Telembí número 6 y Telembí número 7; y el día 12 de agosto de este año, el señor Fiscal del Tribunal Superior de Pasto como "representante jurídico de los intereses nacionales", con el abogado de la Sección de Minas del Ministerio de la Economía Nacional, en asocio del alcalde municipal de Barbacoas, de varios agentes de la policía nacional y de otras personas, usando de la fuerza, llevaron a efecto actos de posesión estableciendo trabajos a nombre de la Nación en las citadas minas, especialmente en los puntos denominados 'Yamunde', 'Teraimbe', y 'El Charco', puntos éstos situados dentro de las minas Telembí número 3, Telembí número 4, y Telembí número 5, respectivamente. Tanto el señor Fiscal como el abogado auxiliar, según comunicaciones oficiales, delegaron a los señores doctor Jesús María Casas y Arquimedes I. Monzón, 'asesorados por el personal técnico dirigido por los señores ingeniero Marcel Negret, Moris Dibrarz, Juan Schlarnhamffer y Gregorio M. Ruano', la misión de ejercitar actos de posesión material a nombre de la Nación en las minas objeto de esta demanda".

Antecedentes del litigio

La resolución número 8 del Ministerio de Industrias y Trabajo, dictada el 10 de enero de 1938, dispuso:

"1º Decláranse infundadas las oposiciones formuladas por Julio del Castillo en nombre de una sociedad ordinaria de minas, por no ser esta sociedad poseedora regular de las minas Telembí número 5, Telembí número 6 y Telembí número 7, cuyos títulos de adjudicación han sido aducidos para fundamentar la oposición y la de la señorita María Enriqueta Dougherty, por no haber presentado títulos sobre las minas y por carencia de personería de quien en su nombre formuló la oposición. Quedan a salvo los derechos de los interesados para hacerlos valer ante la justicia ordinaria, si lo estiman conveniente.

"2º En consecuencia, procédase a celebrar el contrato propuesto, debiendo el interesado allanarse a firmarlo dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, entendiéndose, si así no lo hacen, que queda caducada su solitud".

Al decidir sobre la reposición de la anterior providencia el Ministerio de Industrias y Trabajo, en las Resoluciones números 36 y 37, del 17 de mayo del mismo año, expresó en la parte motiva lo siguiente:

"Como el Ministerio tiene conocimiento de que la Compañía Minera de Nariño adelanta trabajos de exploración y explotación en el cauce y minas riberanas del río Telembí, por medio de una draga y de taladros, es el caso de proceder a tomar las medidas para la suspensión de ellos, ya que se trata de una explotación ilegal y la exploración no es permitida en zonas de la reserva nacional, de acuerdo con el inciso 3º del artículo 4º de la ley 13 de 1937, sin previo contrato".

Y en la parte resolutive dijo:

"1º No es el caso de revocar, y no revoca, la resolución número 8 de 10 de enero de 1938, dictada en estas audiencias.

"2º Ordénase la suspensión inmediata de los trabajos de exploración y explotación que en la actualidad realiza la Compañía Minera de Nariño en el cauce y minas riberanas del río Telembí. Esta orden se llevará a término por conducto del Ministerio de Gobierno".

Habiendo recurrido el señor del Castillo y la Compañía Minera de Nariño al Consejo de Estado en demanda de la declaratoria de nulidad de las resoluciones últimas proferidas por el Ministerio de Industrias y Trabajo, aquella entidad, en dos providencias fechadas el 9 de mayo de 1939 declaró lo siguiente tanto respecto a las dichas resoluciones como a otras relacionadas indirectamente con la misma materia:

a) No son nulas las resoluciones número 7 de fecha 10 de enero de 1938, 37, de 17 de mayo de 1938, y 45, de 14 de julio de 1938, dictadas por el extinguido Ministerio de Industrias y Trabajo.

b) I. No es nula la resolución número 8 de fecha 10 de enero de 1938, dictada por el extinguido Ministerio de Industrias y Trabajo.

II. No es tampoco nula la resolución número 36 de 17 de mayo del mismo año, dictada también por el Ministerio de Industrias y Trabajo, ni en el punto primero ni en el segundo de su parte resolutive".

Obsérvese, por ser interesante en el presente juicio, que al referirse el Consejo de Estado a la segunda parte de la Resolución número 36 de 17 de mayo de 1938 aludió a este mandato: "2º Ordénase la suspensión inmediata de los trabajos de exploración y explotación que en la actualidad realiza la Compañía Minera de Nariño en el cauce y minas riberanas del río Telembí. Esta orden se llevará a término por conducto del Ministerio de Gobierno".

El lanzamiento

Este se consumó con base inmediata en una resolución de la Gobernación de Na-

riño, cuyo texto se transcribe en seguida:

"Resolución número 153. — El Gobernador del Departamento, en uso de sus atribuciones legales, y considerando: a) Que el Ministerio de la Economía Nacional en telegrama número 23 de 27 de mayo último, de conformidad a lo dispuesto por el Ministerio de la Guerra, en Resolución número 425 de 8 del mismo mes, ordena a esta gobernación dicte las medidas necesarias para hacer efectivo el cumplimiento de las disposiciones emanadas del extinguido Ministerio de Industrias y Trabajo, según las cuales la compañía minera de Nariño debe suspender toda clase de trabajos de laboreo de minas en cualquier sitio del cauce del río Telembí; b) Que en vista de los términos generales en que está concebida la orden anterior y en el propósito de obrar con el mayor acierto este despacho resolvió solicitar del Ministerio de la Economía Nacional el texto de las resoluciones dictadas por el extinguido Ministerio de Industrias y Trabajo para proceder de conformidad a lo dispuesto en dichas providencias, petición que fue contestada en el sentido de que debía hacerse efectiva la orden contenida en el telegrama número 23 de 27 de mayo pasado, haciendo suspender los trabajos que realiza la Compañía Minera de Nariño en cualquier sitio del cauce del río Telembí, para cuyo efecto es indispensable retirar los elementos de explotación con los cuales se pretende ejercer actos posesorios en bienes que el gobierno considera de reserva nacional; c) Que posteriormente la gobernación con el fin de obtener algunas instrucciones al respecto consultó al Ministerio de la Economía Nacional, en telegrama número 1016 de 7 de los corrientes, si debía suspenderse los trabajos y el retiro de los elementos haciendo uso de la fuerza y aun en el caso de que la compañía al tiempo de ser notificada se opusiere aduciendo razones tendientes a demostrar que las minas que explota no abarcan reservas nacionales, consulta que ha sido contestada en telegrama número 37 de 10 del pre-

sente mes, en los siguientes términos: "Mineconomía.—Bogotá, junio 10. Gobernador. Pasto. Número 37.—Refiérome suyo siete (7) corrientes. Correo llévale resoluciones pero no obstante este ministerio insiste manifestar categóricamente no son ellas indispensables pues orden suspensión trabajos con retiro elementos y prohibición iniciar labores refiérese todo sitio en cauce río Telembí acuerdo resoluciones ejecutivas estudiadas suficientemente y confirmadas por Consejo de Estado por lo cual no cabe oposición compañía por vía administrativa quedándole amplio campo eso sí para recurrir a Organismo Judicial cuyos mandatos serán acatados por gobierno punto según sentido y letra resoluciones cuya validez reconoció Supremo Tribunal de lo Administrativo gobierno tiene obligación indeclinable so pena incurrir serias responsabilidades de no tolerar explotación minas declaradas de reserva nacional usando para ello medios a su alcance mientras decidese fondo cuestión por entidades competentes. Servidor, Jorge Gartner, Mineconomía"; y d) Que es un deber de la gobernación cumplir y hacer cumplir las órdenes superiores y las comisiones que le imparta el gobierno nacional en los términos precisos en que éstas estuvieren concebidas, para lo cual, es indispensable dictar las medidas conducentes y hacer uso de los medios legales a su alcance a fin de que éstas sean cumplidas a cabalidad, y, que en vista de la importancia de este asunto se hace, así mismo, necesario confiar el cumplimiento de las órdenes del Ministerio de la Economía Nacional y la presente resolución a un empleado que por sus capacidades y prestigio sea una garantía de acierto para el gobierno y para los particulares. —Resuelve: —Artículo 1º—Comisionase al señor secretario de gobierno para que notifique personalmente al señor gerente de la Compañía Minera de Nariño las órdenes impartidas por el Ministerio de la Economía Nacional y la presente resolución, previniéndole de modo expreso que en el término de cuarenta y ocho horas

(48) a partir de la notificación de estas providencias debe suspender los trabajos de explotación minera en todo el cauce del río Telembí y empezar a retirar los elementos de explotación, no siéndole permitido volver a iniciar trabajos mientras la autoridad correspondiente dicte su fallo definitivo en el fondo de este asunto. Artículo 2º—Comisionese, asimismo, al señor secretario de gobierno para que en asocio del abogado jefe de la sección de Minas y Baldíos y el secretario de la misma, se trasladen a la población de Barbacoas y constaten la forma cómo la Compañía Minera de Nariño cumple con las órdenes del gobierno, facultándolo ampliamente para que haga uso de las atribuciones inherentes a su cargo y de las especiales que las circunstancias lo exijan, a fin de que las órdenes del gobierno nacional sean cumplidas a cabalidad haciendo uso de la fuerza si fuere necesario. Artículo 3º—El término de esta comisión será el que estime necesario el señor secretario de gobierno en vista de las circunstancias. Artículo 4º—Señálese la suma de cien (\$ 100.00) para gastos de permanencia y de transporte de esta comisión fuera de los viáticos que por ley les corresponden, partida que se tomará del Capítulo de Gastos Imprevistos de la Secretaría de Gobierno del Presupuesto de la presente vigencia. Notifíquese y cúmplase. Dada en Pasto, a los trece días del mes de junio de mil novecientos treinta y nueve. El gobernador del departamento (Fdo.) Alberto Montezuma H. El secretario de gobierno (Fdo.), Carlos Alvarez Garzón".

El día 14 de junio de 1939 el secretario de gobierno notificó la anterior resolución al gerente de la Compañía Minera de Nariño, así como las órdenes en ella relacionadas, procedentes del Ministerio de la Economía Nacional y contenidas en los telegramas del 27 de mayo y 6 de junio del mismo año.

Como el gerente de la Compañía Minera de Nariño al ser notificado de la Resolución número 153 apeló de ella ante el

superior, la gobernación despachó así dicho pedimento:

“Gobernación del departamento. Secretaría de Gobierno. Pasto, junio quince de mil novecientos treinta y nueve.—El señor Burton Isenor, gerente de la Compañía Minera de Nariño, al ser notificado de la Resolución número 153 de 13 de junio del presente año, interpuso el recurso de apelación para ante el superior, ratificado por posterior memorial y es acerca de ese recurso que va a resolverse. La gobernación al dictar la resolución mencionada, no ha hecho otra cosa sino acatar una orden superior proveniente de una resolución ejecutoriada y que ahora tiene que producir sus efectos y la resolución gubernamental solamente tiene el carácter de un auto de mera sustanciación que ordena el cumplimiento de una orden superior. Si el apelante cree vulnerados sus derechos, ese recurso debió hacerlo efectivo ante la autoridad que conoció del negocio y en tiempo oportuno, pero no de los efectos de una resolución debidamente ejecutoriada que permanece en el Ministerio de la Economía Nacional. Por otra parte, según el Código Judicial, los autos de sustanciación no son apelables y no es otro el carácter de la providencia gubernamental, que necesariamente debe cumplirse. Por tanto, no es el caso de conceder el recurso interpuesto y estése solamente a lo dispuesto en la resolución de que se hizo mérito. Notifíquese y cúmplase. El gobernador del departamento (Fdo.), Alberto Montezuma H. El secretario de gobierno (Fdo.), Carlos Alvarez Garzón”.

En los días 19, 20, 21, 22 y 25 de junio de 1939 el secretario de gobierno, acompañado del jefe de la sección de Minas y Baldíos de la gobernación, y el secretario de ésta, se trasladó a la ubicación de las minas, selló las dragas que allí estaban trabajando e hizo al gerente de la Compañía Minera de Nariño estas prevenciones:

1^a Que las dragas podían continuar sus trabajos en las zonas no declaradas de reserva nacional, y 2^a Que en la zona perte-

neciente a la reserva del Estado “le quedaba absolutamente prohibido a la Compañía Minera de Nariño continuar sus trabajos ya sean de explotación o de explotación”. La intervención del secretario de gobierno se refirió a las minas situadas en Playagrande, Painandá, Gosquiadero, Boca del Río Telembí, respecto a las minas denominadas Telembí número 2, Telembí número 3, Telembí número 5.

Con fundamento en la Resolución número 439 de 1939, del Ministerio de la Economía Nacional, el abogado auxiliar del Departamento de Minas, asesorado del fiscal del Tribunal de Pasto, tomó directamente y por intervención de otras personas, la posesión material de las minas Telembí número 4, Telembí número 5, Telembí número 6 y Telembí número 7. La resolución mencionada hace referencia a la circunstancia de que el Consejo de Estado declaró válidas las resoluciones del ministerio que ordenaron la suspensión de los trabajos en tales minas.

La acción de despojo

Cuando alguno pretenda que se le restituya la posesión de una mina, por haber sido violentamente despojado de ella, —dice el artículo 433 de C. de M.— deberá acompañar a su demanda la prueba del despojo, la de estar en posesión o tenencia de dicha mina, al tiempo de verificarse el despojo, y la de no haber transcurrido desde entonces más de seis meses.

Son jueces competentes para conocer de estos juicios, expresa el artículo 434 ib., los del circuito o distrito donde esté situada la mina, y conocerán de ellos, a prevención. Pero si el despojo ha sido causado por una autoridad pública de distrito, conocerá del juicio el juez del circuito; y si ha sido causado por una autoridad que tenga jurisdicción sobre más de un distrito, conocerá el Tribunal Superior.

Con apoyo en estas normas se ha adelantado el presente juicio. Pero por ser la materia de la jurisdicción cuestión pre-

via a todo pronunciamiento decisorio, y por haberse planteado ante el Tribunal de Pasto y luégo sustentado ante la Corte Suprema por los representantes de la nación la tesis de la incompetencia del órgano judicial para conocer y fallar en el juicio de despojo, es indispensable que la Sala considere con la atención debida el punto de que se trata.

Consiste esencialmente el reparo sobre falta de jurisdicción en que habiendo sido materia de los recursos legales las resoluciones del Ministerio de Industrias y Trabajo en cuanto ordenaron la suspensión de los que se adelantaban en las minas del río Telembí, el ejercicio de ellos no les fue favorable a los titulares de las minas, y en esa virtud, ejecutoriadas las resoluciones respectivas, se llevó a cabo el lanzamiento de los ocupantes; y que como el juicio de despojo tiene por fin el de que los efectos de aquellas resoluciones administrativas cesen y se restituya en la tenencia de tales minas a la Compañía demandante, la materia sobre la cual se pide un fallo del Órgano Judicial es exactamente idéntica a la que fue considerada y resuelta por los organismos del orden administrativo. Y que como las resoluciones administrativas que ordenaron la suspensión de los trabajos quedaron ejecutoriadas previa la declaración de su juridicidad por el Consejo de Estado, el órgano judicial no puede invadir el radio propio y privativo de la jurisdicción administrativa en el cual se desarrolló la actuación del Gobierno que condujo al desposeimiento de las nombradas minas en relación con la compañía que ejercía su tenencia a nombre de los dueños o poseedores.

En el fallo que ahora se revisa encuentra la Sala estas apreciaciones tocantes con el punto en estudio:

“Pero es el caso —dice el Tribunal— que en el presente litigio no se trata de revisar las sentencias del Consejo de Estado en cuanto no invalidaron las resoluciones pronunciadas por los Ministros de Industrias y Trabajo y de la Economía Nacional, ni tampoco devolver sobre las

propias resoluciones administrativas. Se trata de dilucidar si las órdenes de suspensión de los trabajos de la Compañía Minera de Nariño sobre las minas de aluvión, de metales preciosos, yacentes en el cauce y en las riberas del río Telembí, así como la ejecución de tales órdenes, constituyen un ‘despojo violento’ de la tenencia que la citada compañía alega sobre tales minas. Planteada la cuestión en esta forma, la competencia del Tribunal no puede remitirse a duda, en vista de los artículos 76 del C. de organización judicial y 434 del C. de M., porque se ejercita un derecho de índole civil entre un particular y la Nación.

Desde ahora observa la Corte cómo en la parte transcrita del fallo de primera instancia se incurre en una confusión consistente en afirmar que porque el Órgano Judicial examine las órdenes de suspensión y las de ejecución de éstas para saber si constituyen despojo violento, no se está haciendo otra cosa que cumplir las normas generales que atribuyen al mismo órgano judicial el conocimiento de las acciones en que se ejercite un derecho de índole civil. Pues esta sola consideración, si bien importante, no constituye una réplica a los motivos presentados para negar la competencia al Tribunal y a la Corte, porque es obvio que al lado de las normas generales que cita el Tribunal sobre jurisdicción ordinaria, existen otras que confieren atribuciones especiales al órgano contencioso administrativo en relación con los actos de las autoridades ejecutivas, cuyo análisis, frente a las disposiciones de la jurisdicción ordinaria, es indispensable para poder decidir acertadamente el conflicto de jurisdicciones que se ha propuesto.

La jurisdicción administrativa en el derecho colombiano.

Sin necesidad de recurrir en busca de una ilustración conveniente y autorizada sobre el alcance de la jurisdicción contencioso administrativa establecida en Colombia, a las fuentes que la inspiraron y

a su práctica por otros tribunales extranjeros, el texto de las leyes que regulan el funcionamiento de esa jurisdicción entre nosotros y la muy clara y convincente exposición de motivos en el particular del proyecto elaborado por el H. Consejo de Estado y que se convirtió en la ley 80 de 1935, son suficientes para juzgar acerca del contenido de esas disposiciones en cuanto consagran las acciones de nulidad de las providencias administrativas y de restablecimiento de los derechos violados con ellas.

En desarrollo del mandato que el art. 42 del Acto Legislativo número 3 de 1910 imponía al legislador, éste consagró en la ley 130 de 1913 el estatuto orgánico de la jurisdicción contencioso administrativa. A esa ley pertenecen estas disposiciones:

“Art. 1º.—La jurisdicción contencioso-administrativa tiene por objeto la revisión de los actos de las corporaciones o de empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, a petición del Ministerio Público, de los ciudadanos en general, o de las personas que se crean vulneradas en sus derechos, en los casos y dentro de los límites señalados dentro de la presente ley.

“Art. 93.—Las sentencias definitivas ejecutoriadas de los Tribunales de lo Contencioso administrativo son obligatorias y no están sujetas a revisión por parte de la justicia ordinaria”.

La ley 130 autorizaba a los tribunales administrativos a declarar la nulidad del acto acusado, para volver por el restablecimiento de los derechos privados vulnerados con él.

Los fallos que anulan actos violatorios de derechos civiles deben producir los mismos efectos reparadores que las providencias judiciales de los tribunales ordinarios. Este principio, consagrado desde cuando se expidió la ley orgánica del contencioso-administrativo, no se entendió bastante claro o explícito al respecto y, por ello, el propio Consejo de Estado pidió mayores o más completas atribuciones, cuyo alcance y finalidad explica en la exposición de motivos que preparó pa-

ra el proyecto que después vino a ser la ley 80 de 1935. Allí dice el Consejo:

“La finalidad jurídica y social del recurso contencioso-administrativo se traiciona en la mayor parte de las veces por falta de un medio de coacción para que las autoridades cumplan la decisión jurisdiccional.

“El individuo que ha obtenido sentencia favorable no puede constreñir al autor del acto invalidado al restablecimiento del equilibrio legal.

“Bien que a virtud del artículo 1º de la ley 45 de 1931, que marca un gran avance en el derecho, ya el administrador no podrá repetir el acto y debe conformarse con la nulidad decretada.

“Pero la simple declaración de nulidad de un decreto ejecutivo, de una resolución ministerial, de una providencia cualquiera de las que están sometidas a este recurso, por sí sola no tiene virtualidad reparadora. Esa justicia retenida comporta efectos meramente especulativos, que en casos concretos de actuaciones gubernamentales anuladas tiene valor ilusorio.

“Para estos actos es indispensable lo contencioso de plena jurisdicción, en cuya virtud los tribunales puedan determinar en el fallo el modo como deba quedar resuelto definitivamente el punto controvertido, sin dejar esta declaración al arbitrio del funcionario autor del auto recusado.

“Esta virtualidad reparadora, esta efectiva fuerza de sentencia ordinaria, que se debe consagrar para todos los casos que el artículo 3º contempla, está hoy limitada en la legislación colombiana a los siguientes:

“Los contemplados en la ley 38 de 1918, sobre expropiación y daño en propiedad ajena; la declaración sobre calidad de ocultos de los bienes denunciados, al tenor del ordinal f) del artículo 30 del C. Fiscal, cuando se determina la condición resolutoria en las adjudicaciones de baldíos (artículo 5º, ley 52 de 1931); en juicios sobre reintegro de sumas pagadas por razón de impuestos fiscales; y en las sentencias que finalizan juicios de pensiones o recompensas.

“Si se capacita a los tribunales para invalidar los actos de la administración que afecten situaciones concretas; si sus fallos tienen fuerza de sentencia obligatoria y no están sujetos a revisión por parte de la justicia ordinaria (art. 93 de la ley 130 de 1913), el pronunciamiento sobre la relación subjetiva debe ser parte integrante de su eficaz labor”.

Según la parte transcrita de la exposición de motivos, estimaron sus redactores que la situación legal existente entonces no permitía el restablecimiento del equilibrio jurídico alterado por el acto administrativo que se declaraba nulo, que una simple declaración de nulidad de una resolución ministerial no tenía por sí sola virtualidad reparadora, y que era indispensable instituir o declarar existente el contencioso de plena jurisdicción para que los tribunales pudieran determinar en el fallo el modo como debía quedar resuelto definitivamente el punto controvertido. Agregando que, para la virtualidad reparadora de los fallos de los tribunales administrativos, debía consagrarse su fuerza efectiva de sentencias ordinarias. Con tal finalidad se expidió la norma consignada en la ley 80 de 1935, artículo 4º, que dice:

“Artículo 4º.—En los asuntos contencioso-administrativos, cuando se ejercite la acción privada, tanto los Tribunales Seccionales como el Consejo de Estado, al fallar las demandas determinarán, con la debida precisión, la manera como deba restablecerse el derecho violado, si fuere el caso, y siempre que así se haya solicitado”.

La reforma hecha en 1935 complementó el sistema anterior, estableciendo en forma clara el contencioso de plena jurisdicción, para que por medio de él se repare efectivamente el daño inferido por los actos administrativos al derecho privado.

El artículo 1º de la ley 130 de 1913 establece la jurisdicción contencioso-administrativa para la revisión de los actos de empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejer-

cerlas, es decir, cuando en aquellos actos se desarrolla un exceso o ampliación irregular de poder o una desviación del mismo; el artículo 4º de la ley 80 extiende la jurisdicción al restablecimiento del derecho violado. Y al determinar el art. 93 citado que las sentencias del órgano contencioso-administrativo, una vez ejecutoriadas, no son revisables por la justicia ordinaria, consagra su independencia.

No es la jurisdicción contencioso-administrativa una jurisdicción de excepción; tampoco representa una desmembración de la ordinaria; es un poder autónomo, fruto de una evolución histórica, mediante el cual se impone a la administración el respeto del derecho.

Esta inteligencia que la Corte hace de las normas de nuestro derecho sobre competencia privativa de la jurisdicción administrativa para decidir definitivamente asuntos de la clase del que se ha querido presentar como objeto de la acción de despojo, es la misma que la Sala ha hecho en reciente fallo, en la demanda de Ulises Rojas contra el Departamento de Boyacá, proferido el 28 de marzo, en el cual, entre otras consideraciones, se consignaron éstas:

“Que el derecho vulnerado es estrictamente civil? Nada le hace. De esa índole es el que tiene el dueño del terreno que ha sido víctima de una expropiación de hecho, y sin embargo, de la demanda para la indemnización competente conoce el Consejo de Estado. Precisamente uno de los avances del derecho administrativo es la ampliación del radio en que se mueve la justicia contencioso-administrativa. De asuntos que eran antes del pleno dominio civil conocen hoy los Tribunales administrativos. De ese avance no podía sustraerse el legislador colombiano, y de ahí el artículo 4º comentado”.

Niegan los apoderados de la Compañía demandante el alcance jurisdiccional de los fallos del Consejo de Estado que revisaron las providencias administrativas que contenían la orden de suspensión, y sostienen, por lo mismo, la viabilidad pro-

cesal de la acción de despojo. El punto se halla ampliamente tratado en la réplica hecha por aquellos apoderados a la exposición del Ministro de la Economía Nacional ante el Tribunal de Pasto.

Allí se lee:

“Por lo visto el señor Ministro de la Economía no está suficientemente informado sobre la naturaleza de la jurisdicción contencioso-administrativa, ni sobre el origen y la técnica del recurso por exceso de poder ni sobre la evolución que se ha producido en la materia concerniente a la falta de recurso paralelo como condición de admisibilidad del recurso por exceso de poder, etc.

“Si el señor Ministro estuviera familiarizado con los grandes tratadistas de derecho administrativo (Hauriou, Jéze, Berthelemy, Bonnard, Rolland), no habría sustentado en su informe al Tribunal de Pasto la tesis que presenta sobre falta de jurisdicción de éste, porque habría tenido ocasión de constatar:

a) Que hay que distinguir el contencioso de plena jurisdicción o contencioso de fondo del contencioso de anulación;

b) Que por el contencioso de plena jurisdicción, los tribunales administrativos se parecen a los tribunales civiles, pues actúan como jueces de hecho y de derecho; deciden sobre el fondo de un proceso, declaran derechos, constatan lo que se debe, condenan a restitución o a pago, etc.; a tiempo que, por lo que toca a lo contencioso de anulación, dichos tribunales administrativos se diferencian sustancialmente de los civiles, como quiera que tienen que limitarse o a anular el acto atacado erga omnes o a rechazar la demanda, sin poder sustituir una decisión a la decisión anulada, ni formular la decisión que aparezca como consecuencia de la anulación, ni reconocer una situación jurídica que se encontraría confirmada por la anulación, ni dar a la administración la orden de obrar.

c) Que el recurso por exceso de poder no fue en su origen sino un recurso puramente jerárquico que tomó después la forma de controversia jurisdiccional, por

lo cual, entre las condiciones de admisibilidad de él se formuló, en un principio, con mucho rigor, la falta o ausencia de un recurso paralelo;

d) Que formulada, como condición de la admisibilidad del recurso, la de ausencia o falta de un recurso paralelo, se llegó a establecer que el recurso por exceso de poder no era admisible sino en cuanto el demandante no tuviera a su disposición una vía de derecho contenciosa paralela, es decir, que le permitiera obtener el mismo resultado que el recurso por exceso de poder. ‘Si tiene esta vía de derecho a su disposición — se dijo — es de ella de la que debe servirse’ el demandante y no del recurso por exceso de poder;

e) Que posteriormente — y teniendo en cuenta que, como lo dijo Barthelemy, ‘siempre que se tenga interés es necesario que se pueda, sin verse uno impedido por la existencia de un recurso paralelo, pedir la anulación’, porque ‘el administrador debe tener libertad para escoger su recurso, el que lo salvaguarde y conduzca por sí solo a evitar o reparar el daño, o bien, si lo prefiere, el que conduzca a anular erga omnes el acto considerado como vicioso’ — se produjo una evolución en la jurisprudencia en el sentido de no descartar completamente el recurso por exceso de poder en los casos de existencia de un recurso paralelo;

f) Que un juicio de despojo no constituye ni puede constituir un recurso paralelo al de exceso de poder ejercitado contra las providencias del Ministerio de Industrias, por los siguientes motivos: 1) Porque en el juicio de despojo no se está demandando una declaración sobre nulidad o ilegalidad de dichas resoluciones; 2) Porque las resoluciones se limitaron a ordenar la suspensión de los trabajos de la Compañía Minera de Nariño, sin prescribir el empleo de la fuerza pública, sin imponer la violencia y dejando a salvo el derecho de los interesados de ocurrir al poder judicial.....;

h) Que mal puede haber recurso paralelo cuando el despojo no fue causado por las resoluciones, que los interesados po-

dían considerar y consideraron efectivamente como inoperantes y en las cuales no se habla siquiera del uso de la fuerza, sino por los actos de violencia ejecutados por el Secretario de Gobierno para suspender los trabajos y por los actos posesorios también violentos ejecutados posteriormente por el comisionado del Ministerio;

i) Que aún si se admitiera en gracia de discusión que el juicio de despojo constituye recurso paralelo al de exceso de poder, la conclusión que de esto podría sacarse no es la que saca el Ministerio sobre falta de jurisdicción del Tribunal de Pasto, sino cabalmente la contraria: falta de jurisdicción del Consejo de Estado, pues como ya se vio, la consecuencia que la jurisprudencia y la doctrina científica sacaron del origen jerárquico que tuvo el recurso por exceso de poder, fue la de negarle jurisdicción a los tribunales administrativos en aquellos casos en que los interesados podían ocurrir al Poder Judicial para obtener protección”.

No quiere la Sala quitarle valor a la parte de la exposición del señor apoderado que acaba de transcribirse, porque la encuentra muy docta y acertada explicación del proceso seguido por la jurisdicción contencioso-administrativa desde sus comienzos hasta nuestros días, y que registra un avance notorio y trascendental en lo que se refiere a las atribuciones que primitivamente se le reconocieron y a las que ahora se le asignan, tanto por los expositores de derecho como en las legislaciones orgánicas de los tribunales administrativos. Pero el comentario a que se hace referencia no sirve para deducir de él las consecuencias que pretende el señor apoderado en relación con el derecho colombiano.

El recurso establecido o perfeccionado por la ley 80 de 1935 no es el de anulación común, por exceso de poder, de los actos administrativos, sino el contencioso de plena jurisdicción, como ya se ha visto y como resulta evidente a la luz de las disposiciones que lo consagran, por la

finalidad con que se expidieron y por sus antecedentes legislativos. Al lado de la anulación *erga omnes* de los actos administrativos del poder público puede intentarse y obtenerse su anulación en jurisdicción plena, para que se restablezca también en forma completa el derecho desconocido o afectado. Y siendo esto así en nuestro derecho, le caben muy bien al recurso en él reconocido, los conceptos del citado señor apoderado, cuando afirma “que por el contencioso de plena jurisdicción, los tribunales administrativos se parecen a los tribunales civiles, pues actúan como jueces de hecho y de derecho; deciden sobre el fondo de un proceso, declaran derechos, constatan lo que se deben, condenan a restitución o a pago”. Estas facultades las tiene el contencioso de plena jurisdicción en Colombia.

En cuanto al recurso paralelo del exceso de poder, a que alude el señor apoderado, debe observarse que la evolución del derecho administrativo ha producido en algunos casos, como ocurre en Colombia, organizaciones jurisdiccionales en que no es necesario considerar si existe o no un recurso paralelo al de exceso de poder, ni las consecuencias que de ello se deriven, porque los poderes de plena jurisdicción envuelven la potestad jurisdiccional bastante para que cuando de ella se haga uso los fallos que se profieran pongan término de modo definitivo a la controversia que suscitó el acto de la administración vulneratorio de derechos privados.

Nótese además cómo sus propias consideraciones las hace el señor abogado partiendo del principio de que “hay que distinguir el contencioso de plena jurisdicción o contencioso de fondo del contencioso de anulación”. Demostrado que esta obvia diferencia no interesa a casos como el que se estudia, en que se ejercita la plena jurisdicción, los argumentos expuestos con el ánimo de probar la prosperidad procesal de la acción de despojo, no son pertinentes.

Para no citar sino uno entre los trata-

distas de derecho administrativo que sustentan la tesis explicada, se inserta aquí un corto comentario respecto al mismo punto, del profesor Roger Bonnard, uno de los expositores a que se refiere el señor apoderado:

“Conclusión.—En resumen, esos dos contenciosos denominados en la terminología francesa el uno, contencioso de plena jurisdicción, el otro, contencioso de exceso de poder, se diferencian esencialmente por la naturaleza de la decisión, según que ésta verse sobre una ejecución material de la regla de derecho o sobre la legalidad de un acto administrativo, bajo reserva no obstante de ciertas derogaciones a esta distinción de las decisiones jurisdiccionales.

“Accesoriamente y como consecuencia de su diferenciación fundamental, los dos contenciosos se diferencian por los poderes de decisión del juez. En el contencioso de exceso de poder, no hay para el juez más que un poder de anulación; en tanto que en el contencioso de plena jurisdicción, el juez tiene, en cuanto a su decisión, poder de plena jurisdicción, es decir, poder no solamente para anular sino también para reformar los actos administrativos, con posibilidad sin embargo de limitarse al poder de anulación.

“Pero los dos contenciosos no se distinguen por la naturaleza de la decisión en el sentido de lo que sería un contencioso subjetivo y un contencioso objetivo. Pertenecen ambos a la categoría de los contenciosos subjetivos; porque en el uno como en el otro la decisión tiene por objeto la violación de un derecho subjetivo. Ello es así en el contencioso de exceso de poder porque existen derechos subjetivos en relación con la legalidad de actos administrativos y porque así la violación de esa legalidad constituye no solamente una violación de derecho objetivo, sino también la violación de un derecho subjetivo.

“La autoridad de la cosa juzgada.—La sentencia del Consejo de Estado en el contencioso de plena jurisdicción posee como todo acto jurisdiccional la autoridad de

la cosa juzgada. Esta autoridad se distingue en autoridad material y autoridad formal.

“a) **La autoridad material.** Esta autoridad consiste en que:

1º El juez no puede por su propia iniciativa modificar o suprimir el juzgamiento que ha hecho;

2º Toda otra autoridad está obligada a tener en cuenta el fallo y a conformar a él sus actos y decisiones: lo que implica especialmente para las autoridades administrativas la obligación de hacer los actos que comporte la ejecución de la sentencia.

“b) **La autoridad formal.** Hay autoridad formal porque el fallo es definitivo. Ello consiste en que no hay ningún medio de derecho, bajo la forma de un recurso jurisdiccional directo o indirecto, para poner en discusión lo que se ha decidido”.

Es oportuno tener en cuenta aquí la observación que se ha hecho, y que informó el fallo del Tribunal, de que la justicia ordinaria ha de conocer de los juicios de despojo porque existen normas que consagran esa jurisdicción, como el citado artículo 434 del Código de Minas, y porque no hay ley que disponga otra cosa. La existencia de las reglas generales sobre despojo en asuntos de minas, sin una excepción que a la vez contemple las situaciones jurídicas que se presentan cuando la autoridad administrativa ha actuado disponiendo lo que estime conveniente acerca de la tenencia de ellas, se explica con facilidad si se considera que cuando se expidió el Código no se hallaba establecida la jurisdicción administrativa, y era entonces la ordinaria la que debía restablecer el imperio del derecho quebrantado por el acto administrativo. Pero creada la jurisdicción contencioso administrativa para conocer privativamente de ciertas lesiones del derecho individual, por el mismo hecho de su establecimiento se reformaron, si no expresa, sí implícitamente, las reglas anteriores sobre competencia.

El aspecto jurisdiccional de este pleito.

En presencia de las normas sobre jurisdicción administrativa consignadas en nuestro derecho, a que se ha hecho mención, que marcan un avance notable en las instituciones del país, y el cual se asienta no sólo en la claridad de los textos y sus antecedentes legislativos, sino en doctrina y jurisprudencia extranjeras, la Corte no puede menos que reconocer el imperio de esos ordenamientos para aplicarlos al negocio objeto de la alzada.

El Ministerio de Industrias y Trabajo, como queda historiado en otra parte de este fallo, profirió las resoluciones en virtud de las cuales se consumó el lanzamiento en las minas del lecho del río Telembí.

Importa hacer sobre ellas algunas consideraciones. Contienen dichas providencias declaraciones que pueden clasificarse en dos géneros distintos: unas sobre posesión minera y rechazo de las oposiciones propuestas contra la celebración de un contrato; y otras en que se afirmó el derecho de la Nación a ciertos bienes, se ordenó la suspensión inmediata de trabajos de exploración y explotación que realizaba la Compañía Minera de Nariño y se dispuso que tal orden se llevara a término por conducto del Ministerio de Gobierno. Los fundamentos jurídicos de esas determinaciones son distintos: las órdenes de suspensión se basaron en razones de derecho que no son las mismas que informan las providencias en cuanto declararon que no prosperaban las oposiciones a la celebración de los contratos.

Es necesario subrayar esta circunstancia, de la diferencia de los fundamentos en que se apoyaron las resoluciones, porque los apoderados de la Compañía confunden unos motivos con los otros, y de la no diferenciación derivan consecuencias que hacen aparecer como contradictorias la orden de suspensión y lo que sobre ella dijo el Consejo de Estado, con la parte de las resoluciones en que se estudian aspectos tocantes con la posesión de

las minas y lo que respecto a ese punto expresó la nombrada entidad.

A los fines de la presente acción de despojo no interesa considerar sino el último de los aspectos señalados, el de la firmeza de las resoluciones en cuanto ordenaron la suspensión de los trabajos que se adelantaban. Y para no extender a términos no indispensables la demostración de lo que aquí se afirma, se limita la Sala a transcribir en seguida las partes más pertinentes al asunto de las sentencias dictadas por el Consejo de Estado.

En la de que fue consejero ponente el doctor Tulio Enrique Tascón se lee:

“Ahora, en lo que concierne al punto segundo de la resolución últimamente citada, materia especial de la demanda promovida por el doctor Uribe Holguín e incluida también en la promovida por el doctor Zuleta Angel, caben las siguientes observaciones:

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 incluido 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”.

Dice el apoderado del actor:

“Qué fue lo que resolvió el Consejo de Estado? Que no eran nulas unas resoluciones en las cuales se dejan a salvo los derechos de los interesados para que los hagan valer ante la justicia ordinaria...;

Si eso fue lo fallado por el Consejo de Estado, cómo se pretende ahora sostener la tesis de que, contra lo dispuesto en el artículo 434 del Código de Minas, carecen de jurisdicción los tribunales judiciales para conocer de un juicio de despojo por el hecho de haber proferido antes el Consejo de Estado unos fallos en los cuales, entre otras cosas, se prohijaron los conceptos que había emitido el Procurador de la Nación en el sentido de que esas resoluciones no cambiaban la relación de derecho y de hecho entre la Nación y el opositor, quien, por lo consiguiente, al hacer uso de las acciones de derecho común que el mismo artículo deja a salvo, comparece ante la entidad competente con la integridad de la situación jurídica y de hecho que tenía antes y después de las actuaciones administrativas que motivan su acción?”.

Es verdad, como lo anota el señor apoderado, que en los fallos del Consejo de Estado se prohijaron conceptos que había emitido el señor Procurador “en el sentido de que las resoluciones no cambiaban la relación de derecho y de hecho entre la Nación y el opositor”; pero también es cierto que en las propias providencias se declaró expresamente que las órdenes de suspensión eran reales, por los motivos que en el particular se adujeron. Esa declaración de legalidad, pronunciada con jurisdicción, debe producir sus efectos.

Podría admitirse, como también así lo estima el señor apoderado, que una razón implícita en las resoluciones fue la deducción que el ministerio hizo de que los tí-

tulos no eran legales, para concluir que se hallaba en presencia de minas de la reserva nacional, a cuya defensa estaba obligado. Pero que tales examen y calificación los hubiera hecho el Ministerio sin jurisdicción, sí no es reparo que tenga solidez jurídica. En efecto. Antes de proferir sus fallos el Consejo de Estado no se había declarado inconstitucional por la Corte el artículo 24 del Decreto número 1343 de 1937 que establecía el reglamento de las oposiciones a los contratos de minas en los cauces y riberas de los ríos, y el Consejo pudo además haber dejado de aplicar dicho ordenamiento si lo hallaba inconstitucional, y sin embargo no procedió así. Tal decisión es por tanto intocable por la justicia ordinaria.

El Consejo de Estado subraya diferencias que encuentra entre los dos géneros de resoluciones o de las partes de ellas que se refieren, unas a la posesión de las minas y otras a las órdenes de suspensión, y anota cómo el fundamento de las órdenes de suspensión no es el mismo de las resoluciones administrativas y de los fallos del Consejo de Estado en el punto tocante a la no prosperidad de las oposiciones presentadas al Ministerio.

La especialidad de los motivos legales que inspiraron las órdenes de suspensión aparece clara en los siguientes pasajes del fallo del Consejo de que fue ponente el consejero Elías Abad Mesa, donde se ve asimismo de relieve cómo las alegaciones que los apoderados de la Compañía han presentado al Tribunal de Pasto y a la Corte Suprema, contra la legalidad de las órdenes aludidas, son las mismas que se adujeron ante el Consejo de Estado. En la sentencia de que ahora se trata dijo el Consejo:

“La Administración de los bienes nacionales corresponde al Gobierno, y su conservación y mejora (artículo 7º del C. Fiscal) a los Ministerios, de acuerdo con la distribución que haga el Gobierno y según la naturaleza de cada clase de bienes. De acuerdo con esto último, el legislador previó que las medidas de con-

servación pudieran ser las indispensables para hacerla efectiva, dando así cierta amplitud a los funcionarios respectivos para apreciar en cada caso la necesidad y el alcance de aquéllas.

Conforme al artículo 19 del citado Código, 'la prohibición que respecto a la adjudicación de ciertos bienes nacionales establezca la ley, comprende la de denuncia o de cualquier otro acto que pueda constituir derechos sobre ellos'. Se fijó así de una vez, para lo futuro, un límite a la actividad particular, la que no puede traspasarlo sino sujetándose a las normas que la ley prescriba.

El Ministerio de Industrias fundó principalmente en los referidos artículos la orden de suspensión de los trabajos en el cauce y minas riberañas del río Telembí.

El doctor Zuleta Angel se expresa así sobre este particular:

"El artículo 19 del C. Fiscal no desvirtúa en forma alguna los anteriores argumentos (según los cuales el Gobierno no puede pasar por encima de las autoridades judiciales para desposeer a los poseedores), ni puede racionalmente invocarse para justificar la inversión del orden jurídico pretendida por la Dirección de Minas. Este artículo se limita a disponer que cuando se ha prohibido la adjudicación de un bien nacional, queda de hecho prohibido el denuncia del mismo bien y cualquier otro acto que pueda constituir derechos sobre él. Pero es claro que allí no se deduce ni puede deducirse que el Ministerio de Industrias, dando por sí y ante sí por sentado que el título de poseedor no es válido, pueda proceder, sin intervención del poder judicial, a arrebatar la posesión de la mina".

Ya se vio cómo el Ministerio bien podía decidir la oposición formulada y cómo también lo resuelto equivale apenas a una constatación administrativa que no cambia, modifica o suspende los pretendidos derechos del opositor.

Mayor significado debe atribuirse a la orden, puesto que su cumplimiento haría cesar actividades propias de una situación jurídica cuya solidez ha sido el pun-

to capital discutido ante el Ministerio.

Surge, entonces, la necesidad de saber qué interpretación deba darse al artículo 19 ib. En él no se distinguen los actos que impliquen o puedan implicar ánimo de apropiarse los bienes nacionales no denunciados, considerados en sí mismos, como son las minas que constituyen la reserva, de los actos que aunque excluyen este ánimo, por imposibilidad legal, tiendan a constituir derechos sobre sus productos, o sea la apropiación indebida de éstos. Contiene una prohibición, y por tal aspecto y atendida la circunstancia de ser norma de derecho público cabe afirmar que fue expedido por motivo de interés general y por razones especiales de orden público.

Resulta incuestionable que las reglas de derecho que rigen la función administrativa o ejecutiva particularizan mediante providencias del Gobierno o de los funcionarios legalmente autorizados. Y sobre todo la de que se trata, puesto que ella es pauta para el administrador de los bienes nacionales e indica hasta dónde han de llegar las facultades de que está investido. Además al Gobierno le corresponde constitucionalmente velar por el exacto cumplimiento de las leyes y por su cumplida ejecución, y el mantenimiento del orden público en todo el territorio.

En tales condiciones, la prohibición que el Gobierno dicte con origen en el comentado artículo, cuyo carácter imperativo a cargo de los particulares resalta a primera vista, forzosamente se traduce en órdenes, las que a su turno adoptan el carácter de actos administrativos que, es claro, difieren por múltiples conceptos de los llamados actos jurisdiccionales.

Además, el parágrafo del artículo 1º de la ley 13 de 1937 dice: 'Lo dispuesto en este artículo (el cual establece la reserva de las minas de aluvión de metales preciosos ubicados en las riberas de los ríos navegables y en una extensión de un kilómetro a lado y lado del cauce normal del respectivo río), 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 (subraya el Consejo) el laboreo en pequeño de las minas reservadas, mientras no hayan sido contratadas'.

El transcrito precepto contribuye a reforzar la interpretación dada al artículo 19 del C. Fiscal, puesto que, si hay tolerancia de actos que no implican una explotación apreciable, a contrario sensu resulta que las que exceden de ciertos límites no pueden ser permitidas y deben ser prohibidas por el Gobierno, a quien expresamente se ha encargado de cumplir el propósito del legislador.

Es sabido, por otra parte, que las reglas de derecho no obran por su sola virtud, que incumbe a las autoridades públicas aplicarlas, llenar con ellas la finalidad que las inspiró. Cuando se las desobedece viene la oportunidad de hacerlas efectivas, no mediante la invocación de su existencia que carecería de objeto puesto que la ley se presume conocida de todos y porque así permanecerían estáticas, sino gracias al empleo de los medios más adecuados...

Cuáles pueden ser los medios adecuados para darle cumplido efecto a la prohibición que dicta el Administrador de Bienes nacionales denominados minas de la reserva, en desarrollo del artículo 19 del C. Fiscal?

Uno de los objetos primordiales de la policía es proteger a las personas y las propiedades, y, en general, mantener el orden y velar por el cumplimiento de las leyes.

El empleo de la fuerza, que entra en las funciones de la policía administrativa y que consulta verdaderas necesidades sociales, no puede confundirse, en su forma preventiva, con la represión penal. La cita de Hauriou, traída por el doctor Zuleta Angel, termina con el concepto de que 'la sanción debe ser obtenida por procedimientos judiciales'. Esto es cierto por lo que toca con medidas represivas o punitivas.

Contra la orden de suspensión de los trabajos que adelantaba la Compañía Mi-

nera de Nariño los interesados ejercitaron ampliamente los medios de defensa consagrados en el radio de la jurisdicción administrativa: pidieron reposición al Ministerio, la que les fue negada; acudieron al Consejo de Estado haciendo uso de la acción privada, y el fallo les fue adverso. En el Consejo de Estado se debatió todo lo tocante con la legalidad de la orden de suspensión de trabajos, y no tuvieron éxito allí las razones presentadas en contra de la juridicidad del acto administrativo y por ello las providencias que contenían las órdenes de suspensión no fueron declaradas nulas por esa alta entidad.

El Consejo de Estado halló que no era el caso de restablecer el pretendido equilibrio legal que se decía quebrantado por el acto del Gobierno, que la resolución administrativa no violaba derechos civiles de los recurrentes, pues en la hipótesis contraria el Consejo de Estado, mediante la anulación del acto administrativo, habría impedido que con él se afectaran los derechos de particulares que se afirmaba eran desconocidos en virtud de aquellas providencias del órgano ejecutivo. Precisamente para alcanzar ese resultado se acudió al Consejo en demanda de la declaratoria de nulidad. Si ella no prosperó fue porque la justicia, encargada en casos como éste a la jurisdicción contencioso-administrativa, encontró infundadas las pretensiones de los reclamantes.

Si hoy fuera el Organó Judicial a juzgar del asunto, como se le pide, en la acción de despojo, se colocaría automáticamente en el mismo plano en que se situó el Consejo de Estado. En efecto, la acción de despojo tiene por objeto el que se restablezca entre las partes la situación de hecho anterior al lanzamiento. Para decidir acerca de la legalidad de la orden hay que examinar necesariamente la providencia administrativa en virtud de la cual se cumplió. Al estudiar las calidades y circunstancias previstas en la ley para que prospere una acción por despojo, debe considerarse la legalidad de la orden, con lo cual se llega a ver en sí mis-

mo el acto administrativo que originó el pretendido despojo. Y como ese acto fue ya examinado por la autoridad contencioso-administrativa y hallado legal, se llegaría en definitiva, dando entrada a la acción por despojo, a una verdadera revisión del acto administrativo y de la providencia del órgano contencioso, lo que no puede hacer el judicial, ya que, como se ha visto, las decisiones de la jurisdicción contencioso-administrativa son obligatorias y no están sujetas a revisión por parte de la justicia ordinaria.

Queda por considerar, en el punto de que aquí se trata la observación que han presentado los apoderados de la Compañía Minera de Nariño y del señor del Castillo, acerca de que el llamado despojo tuvo su origen inmediata y únicamente en la resolución del Secretario de Gobierno de Nariño y en los actos que para llevarla a efecto se realizaron. Pero no es necesario esfuerzo alguno para entender que esa apreciación es equivocada, ya que la Gobernación de Nariño y sus agentes, así como el abogado auxiliar del Departamento de Minas del Ministerio apenas se limitaron a ejecutar la orden de suspensión consignada en las resoluciones del Órgano Ejecutivo a que tantas veces se ha hecho referencia. Léase nuevamente la orden del propio Ministerio de la Economía Nacional consignada en la Resolución número 153 y la Resolución de la Gobernación de Nariño y se verá cómo en ambas se hace constar de modo expreso que las medidas que en ellas se adoptan tienen por origen y finalidad el cumplimiento de las órdenes de suspensión de trabajos consignadas en resoluciones administrativas ejecutoriadas.

Y finalmente ha de referirse la Sala a la consideración que propone el señor apoderado del demandante respecto a la circunstancia de que las resoluciones del Ministerio se limitaron a ordenar la suspensión de los trabajos de la Compañía sin prescribir el empleo de la fuerza pública, de donde infiere el propio señor apoderado que el llamado despojo resultó tan

sólo de los actos ejecutados por el Secretario de Gobierno de Nariño y por el comisionado especial del Ministerio del Ramo, y que las resoluciones no autorizaban el ejercicio de la violencia.

Ni las resoluciones aludidas, ni el estudio que de ellas hizo el Consejo de Estado, ni la propia apreciación que de tales providencias hicieron ante el Ministerio y ante el Consejo los apoderados de la Compañía y del señor del Castillo, autorizan el reparo que se propone. El Ministerio dijo, refiriéndose a los trabajos de exploración y explotación de las minas, que "es el caso de proceder a tomar las medidas para la suspensión de ellos"; el Consejo dedicó una buena parte de sus fallos a considerar el efecto que hubieran de producir las resoluciones en cuanto disponían la suspensión de los trabajos, y encontró legal el empleo de la fuerza como función preventiva de la policía y los apoderados alegaron, como se ha visto, que aquella medida, la de suspender por la fuerza los trabajos que se adelantaban, no podía tomarla la autoridad administrativa, sino que debía emanar del órgano judicial. Luego carece de todo fundamento la afirmación de que las órdenes mencionadas no llevaban naturalmente, como así se ha reconocido desde cuando se dictaron, el empleo de la fuerza para su ejecución.

El estudio que la Sala ha hecho en este fallo produce en ella la convicción de que el Tribunal de Pasto abocó sin jurisdicción el conocimiento del juicio por despojo violento que ante él propuso la Compañía Minera de Nariño, S. A., y que en consecuencia debe revocarse la sentencia materia del recurso.

Como el Tribunal, basándose en lo establecido por el artículo 440 del Código de Minas, ordenó la restitución de las del Telembí, objeto de la demanda, y la llevó a efecto inmediatamente, según lo allí previsto, al cumplirse la presente deci-

sión deben volver las cosas al estado que tenían antes de la diligencia del Tribunal que ejecutó su propio ordenamiento.

Resolución.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia proferida en este asunto por el Tribunal Superior de Pasto el día nueve de mayo de mil novecientos cuarenta. El

fallador de primera instancia adoptará las medidas conducentes al restablecimiento entre las partes de la situación de hecho existente antes de dictarse la sentencia que ha sido materia del recurso que hoy se decide.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán.—Arturo Tapias Pilonieta.— Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppad.

I N D I C E

	Págs.		Págs.
EDITORIAL.— COMENTARIOS A LA LEY 28 DE 1932 (continuación) por Luis Felipe Latorre...	767		
SALA DE CASACION EN LO CIVIL			
REIVINDICACION.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha diez de julio de mil novecientos cuarenta, en el juicio de reivindicación de Gedalje Breziner y Esther Rotsztajn contra Hermógenes Alférez. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza	771	UN CONTRATO.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué con fecha diez y seis de agosto de mil novecientos cuarenta, en el juicio de resolución promovido por Vicente Páez contra Arsenio Páez. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza	795
ACCION REIVINDICATORIA.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el trece de junio de mil novecientos cuarenta, en el ordinario de María Ignacia Angulo contra Víctor Manuel Rubio. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca	775	REGIMEN PATRIMONIAL EN EL MATRIMONIO ANTES Y DESPUES DE LA LEY 28 DE 1932. Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el ocho de marzo de mil novecientos cuarenta, en el juicio especial de venta de la cosa hipotecada seguido por las señoritas Dorothy y Edna Douat contra la señora Ruth Santander de Pabón. — Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca	798
EXTENSION DE LA HIPOTECA. MEJORAS EN INMUEBLES HIPOTECADOS. — MEJORAS NATURALES Y MEJORAS INDUSTRIALES.—No se infirma el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, de fecha doce de agosto de mil novecientos cuarenta, en el juicio ordinario seguido por José de los Santos de la Hoz contra el doctor Gustavo Rosanía. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango	781	SOLICITUD DE ACLARACION DE UNA SENTENCIA.—No se accede a la aclaración de la sentencia de diecisiete de junio del presente año	805
ACCION DE NULIDAD DE UN PAGO.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintinueve de septiembre de mil novecientos treinta y nueve, en el juicio de nulidad promovido por Vidal Melo Ch. contra Antonio María Rodríguez. Magistrado ponente, Dr. Isaías Cepeda	788	ACCION DE SIMULACION.— LA APRECIACION DE PRUEBAS. DOCTRINA SOBRE ESTE PUNTO.— ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA INDICIARIA.—No se casa la sentencia de tres de abril de mil novecientos cuarenta proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el ordinario de Mercedes Caballero v. de Gómez contra Joaquín Gómez Munar. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón.	807
ACCION DE RESOLUCION DE		RECLAMACION SOBRE BALDIOS. COSTAS.—No se infirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el veinte de agosto de mil novecientos cuarenta, en el juicio que contra los señores Santiago Vélez y Daniel Restrepo Escobar promovió Luis Arango	

	Págs.		Págs.
C. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango	813	gotá, el quince de noviembre de mil novecientos cuarenta, en el juicio de objeción a la partición de los bienes mortuorios de Felipe G. Martín, promovido por la señora María Martín Guillén de Manriquè. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinsetrosa Daza.	837
ACCIONES DE NULIDAD ABSOLUTA DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA Y DE REIVINDICACION. — NULIDAD DECLARADA JUDICIALMENTE— PRUEBA TESTIMONIAL SOBRE EL ESTADO MENTAL DE UNA PERSONA.—BUENA FE. ERROR COMUN.—TEORIA DE LA APARIENCIA.— Se casa parcialmente la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el dieciocho de junio de mil novecientos cuarenta, en el juicio ordinario que el doctor Luis Salcedo en representación de su pupilo interdicto Leocadio González inició contra los señores Heliodoro González, Pedro Sánchez Barriga y Santiago Rozo. Magistrado ponente, Dr. Fulgencio Lequerica Vélez	818	SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL	
ACCION DE NULIDAD DE UNA SOCIEDAD. — REGISTRO DE LA ESCRITURA SOBRE AUMENTO DEL CAPITAL SOCIAL. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veinticuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta, en la demanda ordinaria que instauraron Carlos Julio García, Sinibaldo Laverde, Alejandro Duarte y José María González Obregón contra Antonio María Sánchez, Buenaventura Calderón y Emilio Ramírez. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza	828	Se resuelve no invalidar la sentencia del Tribunal Superior de Buga que impuso veinte años de presidio, por asesinato, a Dionisio Martínez. — Magistrado ponente, Dr. Campo Elías Aguirre.....	840
ACCION DE PERJUICIOS.—SENTENCIA. — No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta el veintitrés de agosto de mil novecientos treinta y tres, en el ordinario de Maximina Henríquez v. de Benítez contra la sociedad inglesa The Santa Marta Railway Company, Limited. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza	831	LA AUTORIDAD NO IMPONE A QUIEN LA EJERCE DEBERES IMPLICITOS. — ESTOS ESTAN EXPRESAMENTE SEÑALADOS EN LAS LEYES.—ENJUICIAMIENTO POR ABUSO DE AUTORIDAD. — Se llama a responder en juicio criminal al señor Alberto Jaramillo Sánchez, por el delito de abuso de autoridad, consistente en haber ordenado en el carácter de gobernador la libertad de Alejo Santamaría, quien cumplía pena correccional en la Cárcel de Medellín, por resolución del Juez 1º civil municipal de esa ciudad. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto..	842
RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICION. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bo-		SALVAMENTO DE VOTO a la anterior sentencia, del magistrado doctor Campo Elías Aguirre....	847
		No se accede a la reposición solicitada por el doctor Jesús Echeverri Duque del auto de veintiocho de junio de mil novecientos cuarenta, proferido por la Sala. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto	849
		SALVAMENTO DE VOTO a la anterior providencia, del magistrado Dr. Campo Elías Aguirre.....	854
		RECURSO DE REVISION. — Se niega la revisión del fallo pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que condenó a la pena de diez años y ocho meses de presidio a Luis Guevara, por la muerte violenta que le dio a Luis Eduardo Fonoll. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre	856

	Págs.		Págs.
NO PROSPERA LA CAUSAL DE INJUSTICIA NOTORIA DEL VEREDICTO CUANDO ESTE SE FUNDA EN PRUEBAS QUE EL RECURRENTE CONSIDERA CONTRADICTORIAS O DUDOSAS. — Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Cali, fechada el quince de junio de mil novecientos cuarenta, en la causa seguida contra Julio César Alcázar. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto..	859	reforma el auto ejecutivo dictado por el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá contra la sociedad "Macía & Cía." y el señor Benicio Ramírez, en el sentido de negar la ejecución contra Benicio Ramírez en su carácter de fiador solidario de la mencionada sociedad. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta.	885
HOMICIDIO - ASESINATO — DEFENSOR DE OFICIO — NOTIFICACIONES A ESTOS — CAUSAS DE NULIDAD DEL PROCESO PENAL. — No se invalida el fallo pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, que condenó a Manuel Valencia y a Juan Ramón Benítez, a veinte años de presidio, cada uno, por el delito de doble asesinato. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre.....	867	NULIDAD DEL REMATE. — Se infirman la Resolución dictada por la Sindicatura del Impuesto de Herencias, Asignaciones y Donaciones número 149 de cuatro de junio de mil novecientos cuarenta, y el auto de doce de noviembre de mil novecientos cuarenta proferido por la misma entidad fiscal. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán	891
SALA DE NEGOCIOS GENERALES			
REGISTRO DE LA SENTENCIA. Se confirma la providencia dictada el veintitrés de noviembre de mil novecientos cuarenta por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el juicio de indemnización de perjuicios adelantado por Primitiva Torres Gutiérrez y otras contra el Departamento de Boyacá. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán.	878	PRELACION DE CREDITOS — PRENDA AGRARIA. — Se reforma el capítulo 2º de la parte resolutive del fallo del Tribunal Superior de Bogotá, fechado el veintinueve de agosto de mil novecientos cuarenta, en que el Departamento fue parte como tercerista. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta.	894
SALVAMENTO DE VOTO a la anterior providencia del Magistrado doctor Juan A. Donado V.....	880	ACCION DE DESPOJO DE LAS MINAS DEL RIO TELEMBI — JURISDICCION ADMINISTRATIVA — RECURSO CONTENCIOSO DE PLENA JURISDICCION Y DE ANULACION COMUN — I R R E V I S I B I L I D A D POR LA JUSTICIA ORDINARIA DE LAS DECISIONES PROFERIDAS POR LA JURISDICCION ADMINISTRATIVA. — Se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el nueve de mayo de mil novecientos cuarenta, que condenó a la Nación a restituir a la Compañía Minera de Nariño, S. A., las minas del Telembí. Se adoptan las medidas conducentes al restablecimiento entre las partes de la situación de hecho existente antes de dictarse la sentencia materia del recurso que se decide. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán	899
PENSIONES. — Se revoca el auto ejecutivo de fecha seis de noviembre de mil novecientos treinta y nueve dictado contra el Departamento del Atlántico en el juicio promovido por la señora María Ahumada v. de Blanco. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta.	882		
RESOLUCIONES MINISTERIALES — SU NOTIFICACION — DOCUMENTOS PUBLICOS. — Se			

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR JULIAN MOTTA SALAS

TOMO LI

BOGOTA, 1942

NUMERO 1976

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL TOMO LI

POR

JULIAN MOTTA SALAS

RELATOR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

A

ABUSO DE CONFIANZA

— 1 —

El abuso de confianza, como todos los que atentan contra la propiedad ajena, es delito instantáneo. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, LI, número 1970, mayo 5 de 1941).

ABUSO DEL DERECHO

— 2 —

La teoría sobre abuso del derecho tiene por base la consideración de que el derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social y sobre bases de justicia, o sea, sin traspasar los límites de la moral. Cuando el Estado crea los organismos adecuados para la administración de justicia parte del principio de que cuando ésta se demanda es porque

104, 2º quien la impetra está asistido por una intención sana y un interés serio o legítimo. Sobre estos conceptos ha planteado teóricamente apenas si el uso de un derecho dentro de la normalidad objetiva pero sin fin lícito o con fin malicioso, podrá y deberá ser protegido por el derecho objetivo, problema que se trata de resolver con la doctrina mencionada, cuya causa determinante se ha pretendido fijar con dos criterios: el primero, que la basa sobre la apreciación de la intención de perjudicar al ejercer el derecho. Los defensores de este aspecto de la doctrina se colocan en un plano puramente subjetivo, juzgando abusivo el ejercicio del derecho cuando el móvil del agente se reduce a la intención de hacer daño. El segundo criterio lo hace fundar en la falta de interés serio y legítimo, o sea, apartamiento del fin económico y social, en un ejercicio anormal del derecho. Sus partidarios consideran ilícito el acto realizado sin interés importan-

te y genuino por parte del actuante, y cuyo efecto sólo puede ser el perjudicar a otro. Estas dos tendencias han sido conciliadas por algunos autores, quienes, reuniéndolas en una sola teoría, consideran que para que exista el abuso del derecho es preciso intención de dañar y de un fin útil. La Corte ha reconocido la existencia de la acción sobre abuso del derecho y la ha deducido de ciertas normas legales, y en el concepto evidente de que el derecho sólo puede existir para satisfacer necesidades justas, legítimas y racionales y teniendo en cuenta que nadie puede tener una facultad emanada de la norma del derecho objetivo, cuyo fin no sólo sea estéril para el bien propio, sino dañoso para los demás o para el fin social, la ha consagrado jurisprudencialmente en los últimos años, aun cuando ya en una sentencia de 1899, sin nombrar esa figura, se aceptaron algunas de sus consecuencias. Después del fallo de casación de 30 de octubre de 1935 el legislador consagró expresamente esa teoría como norma de interpretación, aunque como es obvio, sin determinar sus caracteres esenciales ni inclinarse hacia ninguno de los fundamentos que la sustentan y sobre lo cual disputan los autores. La culpa es el elemento determinante de esta teoría y en que incurre el demandante por intención dañada de perjudicar o por no ser su interés serio y legítimo, esto es, por error de conducta. En ese error hacen consistir los hermanos Mazeaud la noción de culpa y por eso definen éste así: "Es un error de conducta, tal como no lo habría cometido una persona avisada, situada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño".

Páginas

No siempre que se intenta un pleito y el actor no triunfa, como sucede con frecuencia, puede decirse que hay abuso del derecho, porque si es evidente que el artículo 194 del Código Judicial está condicionado a que el ejercicio de la acción sea serio y recto, también lo es que reemplazando en toda sociedad civilizada el derecho a la fuerza, está atribuido a los jueces dar a cada uno lo que le corresponde, según las normas legales y las diferencias entre los particulares se someten a la decisión de la autoridad competente, por cuanto es la diversidad de conceptos, los diferentes aspectos de una cuestión, las diferentes pruebas, las que suscitan la controversia entre los particulares, que no pudiendo resolver éstos hace menester el imperio de la decisión judicial, toda vez que una de las partes no puede erigirse en juzgadora de la contraria. (Casación, LI, números 1971 y 1972, mayo 19 de 1941).

Páginas

287, 1º y 2º, y 290, 1º

ACCION DE DOMINIO COMO CONSECUENCIA DE LA DE NULIDAD

— 3 —

La acción de dominio es consecuencia de la de nulidad intentada contra el remate, porque es claro que si éste fuera nulo aquélla debería prosperar. (Casación, LI, números 1973 y 1974, mayo 21 de 1941).

489, 1º

ACCION JUDICIAL

— 4 —

Según los comentaristas, acción

Páginas

Páginas

judicial es la vía legal que tenemos para perseguir o reclamar en juicio lo que nos pertenece o se nos debe por otro. El ejercicio actual de una acción constituye lo que se denomina demanda, la cual debe contener, en teoría, estos elementos: 1º El fundamento jurídico, es decir, el principio o texto legal que reconoce u otorga la acción; 2º El hecho que da ocasión a la aplicación de ese principio o texto legal, y 3º Las conclusiones, es decir, las pretensiones del demandante. De manera que para que una demanda o acción prospere y sea admisible, es indispensable que llene los requisitos apuntados, pues si alguno de ellos faltare el juez debe rechazarla.

La acción ha sido establecida por la ley para alterar o cambiar una situación jurídica, creada, o por voluntad de las partes, o por el querer del legislador, lo que indefectiblemente conduce a la conclusión de que la acción que no persiga esa finalidad no puede prosperar. De estos principios han concluido la doctrina y la jurisprudencia que hay determinadas acciones que no pueden aceptarse por los jueces, cuales son, entre otras, las que los expositores apellidan INTERROGATORIAS, cuyo objeto es obligar al demandado a que explique qué consecuencias se propone sacar de tal o cual facultad que le pertenece, o saber si tiene o no determinadas pretensiones fundadas en éste o en aquel título. También se ha aceptado uniformemente que si la acción se funda en un documento público y solemne, no es necesario intentar juicio para que se declare la validez del acto y como consecuencia el derecho que de él nace, porque como documento público está amparado por la presunción de vali-

dez, mientras no se demuestre, en juicio contradictorio, su nulidad u otro vicio que lo invalide, y por tanto, él produce todos sus efectos legales sin que se necesite una declaración judicial al respecto. Esta presunción está consignada en el artículo 1759 del Código Civil que considera que las declaraciones que hagan los interesados en un instrumento público hacen plena fe contra los declarantes y ellas no pueden invalidarse sino por mutuo consentimiento de las partes o por causa legal. (Casación, LI, números 1971 y 1972, abril 25 de 1941)

255, 1º
y 2º

ACCIONES INTERROGATORIAS

— 5 —

Véase: ACCION JUDICIAL.
(Casación del 25 de abril de 1941,
G. J. Nos. 1971 y 1972, página 225,
1º).

ACCION PAULIANA ACREEDORES

— 6 —

Véase: ACREEDORES. — AC-
CION PAULIANA, casación del
27 de junio de 1941, página 60, 2º,
tomo LI.

ACCION REIVINDICATORIA

— 7 —

Véase: REIVINDICACION.

ACLARACION DE SENTENCIAS

— 8 —

El recurso que concede el ar-

título 482 del C. J. no puede ir más allá del contenido de lo que ha sido resuelto, pero sin modificar ni revocar las declaraciones de la sentencia, porque eso equivaldría, contra los principios y el texto de la ley, a convertir la simple aclaración en recurso de reposición. (Casación, LI, número 1975, julio 15 de 1941)

ACREEDORES — ACCION PAULIANA

— 9 —

La acción pauliana consagrada por el artículo 2491 del Código Civil distingue dos clases de actos celebrados por el concursado antes de la apertura del concurso: onerosos y gratuitos; tratándose de los primeros dicha acción está condicionada por dos factores, el *eventus danini* y el *consilium fraudis*. En tratándose de los segundos basta la mala fe del deudor para que los acreedores puedan pedir la rescisión del contrato. En los dos casos expresados los acreedores tienen la personería para obtener la anulación de los actos de su deudor concursado.

En la simulación los acreedores de quien ha enajenado ficticiamente sus bienes, tienen también la personería del caso para pedir la simulación del acto que los perjudica, pero ese derecho no les asiste sino con ciertas condiciones y dentro de ciertos límites. Durante mucho tiempo la jurisprudencia no reconoció personería a los acreedores para iniciar acciones de simulación contra sus deudores, pero desde el año de 1924 la corte cambió de rumbo y se decidió en sentido contrario, como puede verse entre otras, en sentencias de 28

Páginas

805, 2º
806, 1º

de mayo de 1935, 15 de julio de 1938 y 26 de agosto de 1938. La acción del acreedor para demandar la simulación no puede prosperar sino cuando existen los siguientes factores: a) que entre el tercero y el deudor haya existido *consilium fraudis*; b) que en virtud de tal *consilium* el acreedor se perjudique, y c) que el tercero, por lo tanto, no esté protegido por la buena fe, que siempre se presume en los contratos, y esa buena fe desaparece o mejor, no existe, cuando el tercero ha entrado en connivencia con el deudor para perjudicar a un acreedor de éste. Estos factores, como es obvio, deben establecerse plenamente. (Casación, LI, números 1973 y 1974, junio 27 de 1941).

Páginas

601, 2º

AGENTES DEL MINISTERIO PUBLICO

— 10 —

Si bien es cierto que los Agentes del Ministerio Público no pueden comprometer con sus confesiones a las entidades de derecho público que representan, ello no significa que ese principio debe llevarse hasta el extremo de anular completamente la potestad de representación judicial que los mismos funcionarios tienen de dichas entidades, que es otro principio legal, de tanta importancia como el primero, con el cual debe armonizarse. La representación exige, para que el proceso tenga eficaz desarrollo, que la actividad del agente vincule al demandado, y así es como un fiscal contesta la demanda, escoge los factores probatorios que estime más eficaces, interpone o no recursos, alega o deja de alegar. En esta libre elección de los medios de ataque o de defensa por parte del funcionario

Páginas

Páginas

respectivo, va envuelta, como es obvio, la facultad de comprometer el interés de la entidad representada sin que con ello se entienda quebrantado el principio de que las confesiones del representante no perjudican a aquella, a pesar de que muchas veces el interés del municipio, del departamento o de la nación resulte comprometido con el simple silencio de su vocero. Lo cual es así, porque en el adelanto y tramitación de los asuntos judiciales civiles los agentes del ministerio público, según el artículo 169 del C. J., se asimilan a apoderados judiciales, con las únicas restricciones que la misma ley establece.

Con relación a hechos colaterales de la acción, el principio de que las confesiones de los agentes del ministerio público no perjudican a las entidades de derecho público que ellos representan en los juicios, se subordina al de que dichos agentes en los mismos juicios se asimilan a apoderados judiciales. De lo contrario sería muy difícil demandar a las entidades públicas, ya que el derecho por más justo y documentado en sus elementos esenciales que se presentase, estaría siempre expuesto a fracasar, por la falta de comprobación de cualquier detalle por mínimo que fuese. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LI, Nos. 1973 y 1974, marzo 26 de 1941)

APARIENCIA

— 11 —

Véase lo que sobre este punto contiene la doctrina titulada BUENA FE Y ERROR COMUN. (Sentencia de casación del 23 de junio de 1939, página 824, 1ª y 2ª, número 1975, G. J.)

APRECIACION DE PRUEBAS

— 12 —

Véase: PRUEBAS Y SU APRECIACION.

ARBITRARIEDAD
E INJUSTICIA

— 13 —

Los términos arbitrario e injusto, empleados en el artículo 171 del nuevo código penal, no son equivalentes. Representan dos conceptos distintos. El acto arbitrario constituye por sí mismo abuso de autoridad, sin que su naturaleza antijurídica se altere por el fin perseguido, aunque éste sea idealmente justo. Cause o no perjuicios a las personas, el acto arbitrario es siempre el contrario al derecho escrito. En cambio, el acto injusto puede no serlo y la ley lo ha tomado en cuenta sólo en el supuesto de que perjudique intereses privados. El acto arbitrario no fue definido en disposición especial del nuevo código. Mas tratándose de conceptos que tienen un significado propio en el tecnicismo del derecho penal, su definición no es indispensable. En la disposición que se comenta el solo enunciado de los términos "acto arbitrario" — visto independientemente del acto injusto — integra los elementos del hecho punible y le da expresión a éste. (Auto, Sala de Casación Penal, LI, N° 1975, junio 28 de 1941) (1)

845, 1º

(1) Salvó su voto el Magistrado doctor Campo Elías Aguirre.

Páginas

Páginas

ARBITRIO DEL JURADO

— 14 —

Véase: JURADO.

ASIGNACIONES POR CUENTA DEL TESORO PUBLICO

— 15 —

Sea cual fuere el concepto por el que se decretan asignaciones a cargo del tesoro público, la prohibición que contiene el artículo 58 de la nueva Codificación constitucional no admite distinciones al oponerse al goce simultáneo de más de una de aquellas. La única salvedad es la que hace la misma Carta al referirse a "lo que para casos especiales determinen las leyes". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LI, N° 1970, diciembre 13 de 1940)

AUDIENCIA

— 16 —

En los juicios ante el jurado, cuando la falta de asistencia del defensor a la audiencia obedece no a motivo justificado, como enfermedad o calamidad doméstica grave, sino a renuencia o abandono de su deber, se carece de fundamento para decretar la nulidad de lo actuado. La celebración del juicio no podría quedar a voluntad de los defensores, permitiéndoles aplazar indefinidamente la terminación de los procesos, sin otra sanción que el pago de la multa ordenada por el artículo 287 de la ley 57 de 1887. (Casación, LI, números 1973 y 1974, julio 9 de 1941).

AUDIENCIA EN LOS PROCESOS CRIMINALES

— 17 —

La aplicación del artículo 287 de la ley 57 de 1887, cuando la falta de asistencia del defensor o del fiscal obedece a motivos justificados, hace nugatorias las garantías procesales establecidas en el artículo 22 de la Constitución, puesto que se juzga al acusado sin la plenitud de las formas propias del juicio.

De suerte que dicha disposición, en cuanto a la multa que autoriza imponer, ha de entenderse como una sanción aplicable a la parte que se hizo acreedora a ella por renuencia o por abandono de su deber. Mas si el hecho que da origen a la sanción no ha ocurrido y por tanto la multa no se impone, mal podría admitirse la legalidad de una audiencia celebrada en tales circunstancias, causándole perjuicio irreparable a quien careció de defensa por omisión que no podía remediar y que a la postre resultó justificada. (Casación, LI, Nos. 1973 y 1974, julio 4 de 1941).

111, 2º

648, 1º

A U T O

— 18 —

No se puede pedir reposición del auto que decide sobre la misma reposición, a menos que contenga puntos no decididos en la primera resolución. (Auto, Sala de Casación Civil, LI, Nos. 1971 y 1972, abril 24 de 1941)

206, 2º

AUTO DE ENJUICIAMIENTO

— 19 —

660, 1º El auto de enjuiciamiento es la

base de la sentencia en el juicio penal. Si ese auto formuló enfáticamente la modalidad de haberse ejecutado el homicidio en el momento de recibir ofensas graves, la acción penal quedó concretada dentro de los límites que señala el artículo 604 del Código Penal de 1890, aplicable cuando se cometió el delito. Dentro de cada categoría o género de delitos debe ceñirse el sentenciador a la calificación hecha en el auto de proceder. Así: el robo y el hurto tienen casi las mismas notas comunes y una sola que los especifica, a pesar de lo cual el enjuiciado por hurto no podrá ser condenado por robo o viceversa. Aún más: existiendo las circunstancias denominadas **modificadoras** que dentro de determinada especie de delitos crean o constituyen una subespecie, en caso de que el auto de proceder haya afirmado una de aquellas modificadoras favorables al reo, no podrá desecharse en la sentencia. Por ejemplo: si en el enjuiciamiento por homicidio se afirma categóricamente que el delito fue preterintencional (Código de 1936), o involuntario (Código de 1890), la sentencia no podría declararlo intencional o simplemente voluntario, ni imponer la sanción correspondiente a esta clase de homicidio. Supóngase que a un sindicado se le haya llamado a juicio por un homicidio simplemente voluntario (o intencional como lo denomina el nuevo Código), descartando la premeditación; y que el Jurado no sólo dé una respuesta afirmativa al cuestionario sino que le agregue expresamente la circunstancia de la premeditación. Podría entonces el juez de derecho condenar al reo por homicidio premeditado? No, porque ese cargo no se le había hecho en el auto

Páginas

de proceder que equivale a la demanda formulada por el Poder Público en contra del reo; y al penarlo por un cargo más grave del propuesto o planteado en el enjuiciamiento se le condenaría sin oírlo debidamente en juicio. Casación, LI, número 1970, febrero 19 de 1941).

Páginas

85, 2ª
y 86, 1ª

AUTO PARA MEJOR PROVEER

— 20 —

El artículo 600 del C. J. es meramente facultativo y de facultad restringida. No es el auto para mejor proveer una creación de prueba, porque entonces asumiría el juzgador la posición de una de las partes, sino un elemento para aclarar un punto dudoso, y este estado de duda, como es esencialmente subjetivo, no depende sino de la apreciación del juez, de donde resulta que solamente éste, en ciertas circunstancias y con ciertos elementos, tiene potestad para dictar providencia de tal especie. De esto resulta que un motivo de casación en que se alegue la violación de ese artículo del C. J. no es viable, porque la Corte no puede variar la apreciación que tuvo el fallador de instancia para dictar o no un auto para mejor proveer, pues esto equivaldría a quitarle su característica de meramente facultativa que entra sólo dentro de la apreciación del fallador. (Casación, LI, Nos. 1973 y 1974, junio 11 de 1941)

556, 1ª

AUTOS DE SOBRESEIMIENTO

— 21 —

La conclusión a que llegó la Corte en auto de 3 de diciembre de

1940, relativa a la no consultabilidad de los autos de sobreseimiento definitivo dictados por los Tribunales Superiores en sumarios iniciados a partir del 1º de julio de 1938, fecha de la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, obliga solamente a ella, como quiera que los razonamientos en que se funda están concretados al radio de su competencia. El artículo 44 de dicho estatuto, sobre atribuciones de los Tribunales Superiores, contiene reglas no exactamente iguales a las que regulan las facultades de la Sala Penal de la Corte. (Acuerdo, Sala de Casación en lo Criminal, LI, N° 1970, abril 3 de 1941)

B

BALDIOS

— 22 —

Aunque conforme a los artículos 877 y siguientes de la ley 106 de 1873 correspondía a la oficina de estadística nacional la reunión de datos, planos y trabajos sobre terrenos baldíos y el registro de los títulos de adjudicación de los mismos terrenos, etc., ninguno de esos artículos confería la competencia necesaria a esa oficina para expedir títulos constitutivos de dominio privado o para calificarlos con autoridad de cosa juzgada. En relación con el art. 879 debe observarse que no tiene otro alcance que el de la comprobación de los derechos de las personas que se considerasen dueñas, para los fines a los cuales estaba destinada la oficina de estadística nacional y que no eran los de expedir títulos constitutivos de dominio ni el de calificar los mismos con fuerza de cosa juzgada. Las funciones

de la oficina citada correspondieron después, con las mismas limitaciones, al ministerio de obras públicas.

El artículo 39 de la ley 153 de 1887 no obliga a usar de los medios probatorios que la antigua ley establecía para la comprobación del dominio privado de tierras, sino que es simplemente potestativo y en consecuencia se puede hacer uso de la ley nueva para comprobar hechos verificados en época en que las leyes establecían medios distintos. Las disposiciones de la ley 200 de 1936 que consagran el reconocimiento y la renuncia del Estado tocantes con las tierras baldías, obran desde la vigencia de la ley y operan, por lo mismo, con plenitud de sus efectos, en los juicios que se adelantaban entre la Nación y los particulares, cuando la ley se expidió.

Conforme al artículo 3º de la ley 200 de 1936 acreditan propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial los títulos inscritos otorgados antes de esta ley, en que consten tradiciones de dominio por un lapso de tiempo no menor del que señalen las leyes para la prescripción extraordinaria. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LI, Nos. 1973 y 1974, marzo 29 de 1941)

744, 2º
y ss.

BUENA FE

— 23 —

La buena fe — reza el artículo 768 del Código Civil — es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio. Decía Pothier que la buena fe “es la justa opinión que tiene el poseedor de haber adquirido el dominio de la cosa”. Con

Páginas

Páginas

más énfasis la define Troplong como "la creencia firme e intacta de que uno es propietario". Y Voet en esta forma impecable: "Ilesa conciencia del que piensa que la cosa es suya". (G. J., Tomo XLIV, página 701). "Se entiende por buena fe, según Colin y Capitant, la creencia en la existencia del derecho de aquel de quien emana el título de adquisición. Por lo tanto el poseedor es de buena fe cuando cree que su título le ha convertido en propietario del inmueble o en titular del derecho real que deseaba adquirir sobre dicho inmueble". Y Josserand dice que "la posesión es de buena fe cuando el que la ejerce cree ser propietario, por ejemplo, cuando habiendo comprado un bien se piensa falsamente haber contratado con el propietario cuando se negociaba con un *condominus*".

La *bona fides* ha de considerarse, como ya ha tenido ocasión de exponerlo esta Sala (G. J., Tomo 47, página 465), como una realidad jurídica actuante y no simplemente como una intención de legalidad y una creencia de legitimidad, en forma que la cuestión predominante cuando se trate de apreciar la buena fe ha de consistir menos en el hecho psicológico de creer que en la razón de la creencia, esto es, en el cómo y por qué se cree. Si es necesaria la conciencia de una adquisición legítima para que la fe del poseedor sea buena, resulta una relación o conexidad tan íntima entre el título originario de la posesión y la creencia honesta de la propiedad, que no es posible admitir la buena fe en quien posee sin ningún título.

La falta de todo título, especialmente en materia inmobiliaria, es una circunstancia jurídicamente

anormal, que no permite generalmente presumir la buena fe. La presunción que la ley establece a este respecto en el artículo 769 del C. C., requiere, pues, como base indispensable para poder actuar y producir sus efectos jurídicos, la existencia, en quien pretende utilizarla, de un título constitutivo o traslativo de dominio, esto es, la prueba de una relación de derecho de las que confieren originaria o derivativamente la propiedad de las cosas, sin la cual es imposible la conciencia de haber adquirido una cosa por los medios que autoriza la ley. Sin esta prueba básica sobre la fuente de la posesión no tiene en qué reposar la presunción legal, y está bien que así sea, porque las ventajas muy apreciables que en materia de frutos concede la ley al poseedor de buena fe no tienen otra función que la honestidad de su creencia, ya que en realidad esas ventajas son recortes que se hacen al derecho del verdadero propietario (Casación, LI, Nos. 1971 y 1972, abril 2 de 1941).....

172, 2º
y 173, 1º

BUENA FE

— 24 —

A quien compra a sabiendas de que su vendedor no es el dueño, no puede atribuírsele buena fe, dádolo el artículo 768 del código civil; pero es muy distinto de que por comprar en esas circunstancias incurra en error de derecho, tanto por lo que en sí significa este error, cuanto porque el artículo 1871 de esa obra da validez a la venta de cosa ajena. (Casación, LI, Nº 975, junio 30 de 1941)

773, 1º

BUENA FE Y ERROR COMUN.

— 25 —

La Sala de Casación Civil de la Corte ha reconocido y consagrado en numerosos fallos, con carácter doctrinario, la función creadora de derechos que tiene la buena fe. Bajo el imperio de reglas morales que deben presidir las relaciones contractuales ha convenido en que no puede tener carácter absoluto la vieja sentencia latina: "nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet". Pero al sistematizar las diversas aplicaciones que pueda tener la teoría de la apariencia, como creadora de derechos, y en especial la fórmula del error común, "error communis facit jus", como excepción al principio jurídico antes citado, tuvo especial cuidado de estudiar los diversos elementos que debían allegarse para asignarle tan trascendental función convalidadora o creadora. En esas providencias se dijo expresamente que la máxima del error común no podía aplicarse como norma general en situaciones no previstas por los códigos, ni tampoco tenía actualidad en casos en que los sistemas oficiales de publicidad y registro de los actos civiles eliminaran todo motivo de error para un hombre prudente, cuidadoso y diligente. Tratándose del caso de la capacidad aparente del sujeto de la relación jurídica conviene los más ilustres tratadistas de esta materia, como Gorphe, Mazzeaud y Alsina Aienza, que los principios del error común y en general de la teoría de la apariencia tienen un campo de acción y de experimentación bastante limitado. Se fundan en dos razones igualmente valideras, a saber: a) en que lo con-

Páginas

cerniente a la protección jurídica de los incapaces debe primar sobre la tutela y protección de los terceros de buena fe; y b) en que el error sobre la capacidad del sujeto no es invencible ni generalizado, sino excepcionalmente. (Casación, LI, número 1975, julio 18 de 1941) (1)..... 824, 1ª y 2ª

Páginas

C

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

— 26 —

El artículo 364 del Código Judicial no puede interpretarse de manera que la desidia de los encargados de impartir justicia pueda descargarse sobre el demandante que ha hecho las gestiones que le competen para el avance del juicio. Si, pues, éste se encuentra pendiente no de gestión que le corresponda al demandante y sin la cual no se pueda adelantar la litis, sino de actuación propia del juez o del secretario, no se puede hablar de abandono, y, por tanto, no es el caso de aplicar la sanción de caducidad. (Auto, Sala Civil de Unica Instancia, LI, No. 1970, diciembre 14 de 1940)..... 136, 1ª y 2ª

CASACION

— 27 —

En las dos instancias o grados que generalmente tienen los juicios es donde se debaten y resuelven las cuestiones propuestas en la demanda. En el recurso de casa-

(1) Concordancia: Véase la sentencia de casación del 23 de junio de 1939, publicada en el número 1948 de la Gaceta Judicial, página 282.

Páginas
 ción se juzga la sentencia en relación con los cargos de infracción de ley sustantiva o de quebranto de las formas esenciales del procedimiento, pero no se trae la totalidad de los problemas debatidos para que a la luz de un nuevo estudio probatorio se pueda sustituir arbitrariamente el juicio del Tribunal en la formación de su convencimiento. A la Corte como tribunal de casación no le corresponde balancear las pruebas y las contrapruebas del litigio para deducir la verdad de los hechos contestados, que es la misión exclusiva de los sentenciadores de instancia. En casación no se estudian las pruebas sino para deducir error de hecho o de derecho cometido por el Tribunal en su apreciación como medio conducente de violación de la ley sustantiva y en presencia de cada caso concreto.

La equivocación que induce a casación en materia de valoración de pruebas no es la que sirve para fundar la convicción judicial en un sentido o en otro, sino la que pugna con la evidencia de contraria y manifiesta, o la producida por el desprecio del mérito legal de una prueba. (Casación, LI, Nos. 1971 y 1972, abril 24 de 1941) 211, 1ª y 2ª

CASACION

— 28 —

Quando se abstiene efectivamente el sentenciador de decidir sobre asunto de su competencia y así lo declara en el fallo, absteniéndose de conocer de aquél, el motivo de casación procedente, dentro del elenco del artículo 520 del Código Judicial, es el 7º y no el 1º. Abstenerse de conocer es algo muy distinto de abstenerse de pronunciar su fallo en el sentido deseado por una de las partes. (Casación, LI,

números 1971 y 1972, mayo 6 de 1941)

Páginas
 264, 1ª

CASACION

— 29 —

Uniforme y repetidamente ha comprendido y sostenido la Corte que los cargos por el motivo segundo del artículo 520 del C. J. no son procedentes sino cuando se deja de decidir sobre algo que ha sido materia de la controversia o cuando se decide sobre lo que no lo ha sido o al decidir sobre lo que sí lo ha sido, el fallo va más allá de lo demandado; pero en manera alguna cuando la sentencia recae, libre de abstención o de exceso en tales sentidos, sobre lo que ha sido materia del pleito. (Casación, LI, números 1973 y 1974, mayo 30 de 1941)

514, 2ª

CASO FORTUITO

— 30 —

Dos condiciones se requieren para que exista caso fortuito: 1ª, que el acontecimiento provenga de una causa extraña que no puede ser imputable al agente, y 2ª que el acontecimiento resultante de la causa extraña sea irresistible. Esta misma configuración del caso fortuito ha sido consagrada por el artículo 1º de la ley 95 de 1890. Para que un individuo sea, pues, libertado de responsabilidad es necesario que el acaecimiento no pueda preverse y que sea irresistible. Tratándose de culpa por accidente, se estará en presencia del caso fortuito cuando el acontecimiento se deba a un hecho irresistible que no ha podido preverse, o bien a un hecho imputable a la víctima exclusivamente. (Casación, LI, Nros. 1973 y 1974, mayo 30 de 1941)

528, 2ª

CESION DE CREDITOS

— 31 —

El fenómeno jurídico de la cesión de créditos presenta características que le son propias e inherentes, de las cuales se hacen resaltar las más importantes, a saber: en la venta se consideran dos personas: el vendedor y el comprador; en la cesión de derechos personales hay que considerar tres personas: el cedente, el cesionario y el deudor. Las relaciones jurídicas entre cedente y cesionario y entre deudor y cesionario son diversas e independientes. Del art. 33 de la ley 57 de 1887 resulta que la tradición de los créditos personales se verifica por medio de la entrega del título que debe hacer el cedente al cesionario (artículo 761, C. C.). Al hacer el cedente la entrega del título al cesionario se anotará en el mismo documento el traspaso del derecho, con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente, para que pueda hacer después el cesionario la notificación al deudor (artículo 1961, C. C.). En cuanto a las relaciones jurídicas entre el deudor cedido o el tercero cesionario la cuestión es distinta. Verificada la entrega del título y extendida la nota de traspaso el cesionario adquiere el crédito, pero antes de la notificación o aceptación del deudor sólo se le considera como dueño respecto del cedente y no respecto del deudor y de terceros. En consecuencia, podrá el deudor pagar al cedente o embargarse el crédito por acreedores del cedente, mientras no se surta la notificación o aceptación de la cesión por parte del deudor, ya que hasta entonces se considera existir el crédito en manos del cedente respecto del deudor y de

Páginas

terceros (artículo 1963, C. C.). Resulta de lo expuesto que la cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros mientras no haya sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste (artículo 1960, C. C.). De esta manera tiene el cesionario dos medios para que la cesión produzca efectos en cuanto al deudor: a) la notificación, y b) la aceptación. La notificación es necesaria en los casos en que el deudor no acepta voluntariamente la cesión y debe hacerse con intervención del Organismo Judicial. La aceptación consiste en un hecho que la suponga, conforme a los ejemplos que trae el artículo 1962 del Código Civil.

La ley no fija plazo para hacer la notificación al deudor y tal notificación sirve para dar una fecha cierta a la cesión, en relación con el cambio de acreedor, tanto respecto del deudor como de terceros. De esto resulta que en el caso de que el cedente haya cedido el crédito a dos o más personas, produce efecto respecto del deudor y de terceros la cesión que se notificó primero al deudor cedido, según lo ha dicho ya la Corte en varias sentencias de casación. También ha sostenido la Corte que la cesión de un crédito hipotecario puede hacerse por una simple nota privada, y la razón de esta doctrina es que no existe disposición especial que obligue a hacerla por escritura pública, por lo cual debe aplicarse la regla general sobre cesión que estatuye el artículo 1964 del C. C. El deudor puede aceptar voluntariamente la cesión y entonces no es de rigor acudir a la notificación judicial. Tal aceptación puede ser expresa o tácita, según que comparezca y declare que la acepta o cuando se deduce de algún hecho que la supone, según lo

Páginas

Páginas

Páginas

dice el artículo 1962 del Código Civil. (Casación, LI, números 1971 y 1972, mayo 2 de 1941 (1) 256, 1ª y 2ª

entre cedente y cesionario. De modo, pues, que mientras no sobrevenga la notificación de la cesión al deudor o la aceptación expresa o tácita de éste, sólo puede considerarse al cesionario dueño del derecho personal respecto del cedente, pero no respecto del deudor y de terceros. (Casación, LI, números 1971 y 1972, mayo 7 de 1941).

CESION DE CREDITOS

— 32 —

De acuerdo con los arts. 33 de la ley 57 de 1887, 761, 1960 y 1961 del Código Civil, la cesión de los créditos nominativos, que es la tradición por medio de la cual el titular del derecho personal lo trasfiere al cesionario que pasa a ocupar el lugar del acreedor en virtud de una convención celebrada entre ellos, se cumple y perfecciona por efecto de la entrega del título justificativo del crédito que llevará anotado el traspaso del derecho con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente. Realizada la entrega del título en la forma dicha queda radicado el crédito en manos del cesionario, y de este modo termina la primera etapa de la cesión que se desarrolla entre cedente y cesionario; pero como toda cesión de derecho personal se refiere también al deudor de la obligación, sujeto pasivo del derecho cedido, en relación con éste se cumple la segunda etapa del fenómeno, que tiende a vincular al deudor con la cesión dándole conocimiento de que la persona del acreedor ha cambiado, lo cual se obtiene con la notificación de la cesión o con la aceptación que él haga de ella, cosas éstas que no afectan la validez de la tradición

279, 2ª
y 280, 1ª

CESION DE DERECHOS LITIGIOSOS Y CESION DE CREDITOS

— 33 —

En concepto de la Corte no son propiamente aplicables a la cesión de un derecho litigioso, para que aquélla se perfeccione, las reglas relativas a la notificación al deudor de la cesión de los créditos, no sólo porque no lo dice la ley, sino porque constituyendo el derecho litigioso el evento incierto de la litis, no se sabe si hay deudor mientras no termine el juicio. Es verdad que el artículo 1971 del C. C. habla de que se haya notificado la cesión al deudor, pero ello se refiere a los casos en que ya se sabe que existe un deudor, y tiene por objeto fijar la fecha desde la cual se deben intereses. Lo que sí es necesario, para que la enajenación del derecho litigioso surta sus efectos en el juicio respectivo y tanto la contraparte como los terceros y el juez que conocen del asunto tengan conocimiento de ellas, es que el cesionario se presente al juicio a pedir que se le tenga como parte, en su calidad de subrogatario del derecho litigioso del cedente, o por lo menos que presente el título de la cesión y pida al juez que se notifique a la contraparte que él ha adquirido

(1) Concordancias: véanse las sentencias de casación publicadas en el Tomo 36, página 69 de la Gaceta Judicial, y en el Tomo XLI, número 1930 de la misma, página 837).

Páginas

Páginas

ese derecho, porque mientras esto no suceda no sale para aquéllos del poder del cedente el derecho litigioso, y por lo mismo, puede ser embargado válidamente por los acreedores del propio cedente, o puede el deudor pagarle al cedente el resultado del juicio. (Casación, LI, números 1973 y 1974, mayo 21 de 1941)

CIRCUNSTANCIAS

AGRAVANTES

— 34 —

No puede computarse como circunstancia agravante el sexo femenino de la víctima (número 10 del artículo 117 del Código Penal de 1890), cuando un hombre mata por celos a su mujer, sea legítimo el matrimonio o sea una ilegal unión, porque entonces la razón de ser del delito es, precisamente, aquel sexo que hace parte de la esencia misma del hecho, pues "el homicida en todo piensa menos en aprovecharse de la debilidad de la mujer, ni en quebrantar las mayores obligaciones de respeto y benevolencia hacia ella".

En cambio, por tratarse de un delito pasional que los celos determinan, no es posible aceptar que la crueldad del homicidio deba descartarse a causa de que el estallido de la pasión borre o disminuya la aptitud reflexiva para medir el número de golpes y su intensidad. Y es en virtud de que, pasión por pasión, lo mismo obnubila y ciega el acto primo derivado del arrebató súbito de los celos, que el nacimiento de una explosión de ira injusta. Esas situaciones psíquicas son semejantes. Y si al que mata con crueldad por furia o ira exaltada, en un acto primo, se le agrava su suerte, igual agravación resulta

para el homicida por celos. (Casación, LI, números 1973 y 1974, marzo 17 de 1941) 643, 1º y 2º

COMPETENCIA

— 35 —

Para que la Sala Civil de Unica Instancia pueda conocer de una acción dirigida contra la Nación, es indispensable, conforme al artículo 40 del Código Judicial, que la controversia se haya originado a causa de un contrato celebrado entre el actor y la Nación, mas no de relaciones meramente extracontractuales dependientes de la prestación de un servicio público. (Sala Civil de Unica Instancia, LI, número 1970, junio 18 de 1941)

138, 2º

COMPLICIDAD

— 36 —

Dentro de la vasta agrupación genérica denominada concurso de delincuentes se hallan las formas de los simples coautores, y de los que el Código Penal de 1890 llama coautores en concurso recíproco con diferencias de gran importancia que se concretan en que no siempre el concepto de la palabra coautores equivale al pensamiento que surge de la frase concurso recíproco, pues si todos los que delinquen en concurso recíproco son coautores, no en todo delito ejecutado por dos o más coautores habrá concurso recíproco.

No se puede ni se debe circunscribir lo que es una participación principal delictuosa a los estrechos y deficientes límites que señala la Procuraduría, puesto que sí es factible el concurso recíproco en un homicidio, como factible es también ese fenómeno, verbigracia, en

Páginas

Páginas

un robo, aunque no todos los cooperadores hagan las lesiones personales que originen el primer delito, ni en el segundo efectúen la violencia y se apoderen directamente de la cosa mueble ajena, factibilidad que acompaña a todas o casi todas las infracciones de la ley penal. (Casación, LI, números 1971 y 1972, junio 19 de 1941)...

sobre la verdad de hechos de los cuales pueda seguirse algún perjuicio. (Casación, LI, Nros. 1973 y 1974, mayo 29 de 1941).....

507, 1ª

COMUNERO

C O S T A S

— 37 —

— 41 —

En la pluralidad de bienes de una comunidad universal bien puede suceder que con uno o más bienes separados se cubra su haber a cada uno de los comuneros, caso en el cual se producen comunidades singulares al liquidarse aquella. (Casación, LI, números 1971 y 1972, abril 2 de 1941).....

349, 2ª En copiosa y constante jurisprudencia ha decidido la Corte, de manera irrevocable, que la condena- ción en costas es asunto que esca- pa a la casación, cuando ella se ba- se en la temeridad con que el liti- gante sostiene una acción o excep- ción, porque lo temerario de una acción es cosa que aprecia el tribu- nal con absoluta libertad.

Cuando la sentencia del tribunal se casa íntegramente, la reempla- za la Corte y quedando todo el pro- blema de la segunda instancia a su decisión, puede y debe concep- tuarse si ha habido en ésta teme- ridad, y consiguientemente ha de pronunciar o no condena- ción en costas; pero no casándose, esa si- tuación no se presenta. (Casación, LI, número 1975, julio 18 de 1941)

816, 2ª

CONFESION DE LOS AGENTES DEL MINISTERIO PUBLICO

— 38 —

Véase: AGENTES DEL MINIS- TERIO PUBLICO.

C O S T A S

CONFESION

— 42 —

— 39 —

La prueba de confesión es ina- decuada para comprobar el domi- nio de los bienes raíces. (Casación, LI, números 1971 y 1972, marzo 27 de 1941).....

La condena- ción en costas es una consecuencia de la apreciación que en conciencia hace el sentenciador sobre la temeridad de la demanda o de la oposición y, por lo mismo, no está bajo la enmienda de la Corte en el recurso de casación. (Casación, LI, Nros. 1973 y 1974, junio 20 de 1941).....

158, 2ª

593, 1ª

CONFESION

— 40 —

C O S T A S

— 43 —

Es bien sabido que la confesión sólo tiene valor probatorio contra la persona que la hace en juicio,

Cuando el recurso de casación

ha servido en parte para aclarar un punto de doctrina, no se hace condenación en costas, según reiterada jurisprudencia de la Corte. (Casación, LI, Nros. 1973 y 1974, junio 26 de 1941)

Páginas

Páginas

CUERPO DEL DELITO DE HOMICIDIO

— 44 —

Comprobada legalmente la muerte de una persona por acto u omisión de otra, injustos o culposos, cuando el óbito sobrevinía como consecuencia y efecto natural del medio que sirvió para matar, dentro de los sesenta días, el cuerpo del delito de homicidio quedaba establecido (artículos 583 y 619 del C. P. de 1890, 1512 del C. J. y 24 de la ley 104 de 1922), sin atender a que se ignorara o no se conociera al autor del hecho.

Solamente iban unidos con indisoluble vínculo en la legislación penal de 1890 los conceptos de cuerpo de delito y prueba de la responsabilidad, si el juicio y la sanción recaían en las personas excusables del artículo 29 o en las de inculpabilidad absoluta de los artículos 591 y 659, puesto que a pesar de la comprobación del hecho material no podía existir cuerpo de delito, es decir, "hecho criminal y punible, según las leyes", ya que los excusables y los inculpables no violaban el Código Penal. (Casación, LI, número 1970, octubre 9 de 1940)

CUESTIONARIO PROPUESTO AL JURADO

— 45 —

Dentro del terreno de los princi-

pios y consultando las indicaciones de la realidad no se puede sostener como tesis o doctrina general que la presentación de los interrogatorios al Jurado, apartándose de la regla de separación de las cuestiones, lleva necesariamente confusión al veredicto, haciéndolo ineficaz y nulo. Si se tratare de la acumulación en una sola fórmula de cargos de distinta naturaleza o de la reunión de circunstancias determinantes de la responsabilidad con las que la excluyen o atenúan, podría observarse que la complejidad de la pregunta y la exigencia legal de dar una respuesta simple impidió al Jurado resolver adecuadamente las diferentes cuestiones, y que por tanto el veredicto no suministre criterio seguro para definir inequívocamente la situación del reo ante la ley penal. En esta hipótesis podría plantearse el problema de la validez del juicio con apoyo en el precepto constitucional ya citado (artículo 22 de la C. N.)

Pero cuando se imputan al reo hechos de igual naturaleza, por ejemplo, varios homicidios, cometidos al mismo tiempo, en un mismo lugar, con idénticas modalidades de ejecución y bajo un móvil común, si el juez interroga al Jurado sobre la responsabilidad del acusado en tales hechos, expresándolos en una sola pregunta, la respuesta simplemente afirmativa o negativa no puede razonablemente suscitar incertidumbre acerca del contenido intrínseco del veredicto.

598, 1ª

82, 2ª

Entonces se habrá faltado a una formalidad externa; pero se carecería no ya de disposición legal que autorizara la nulidad del acto, sino también de base doctrinaria para declararla. (Casación, LI, números 1973 y 1974, agosto 22 de 1941).

692, 1ª

CULPA

— 46 —

Páginas

Páginas

El artículo 63 del Código Civil hace parte del capítulo V del título preliminar de ese código, en el cual se da la definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes, de suerte que el citado artículo no es un mandamiento que regule obligaciones entre las partes contratantes; es el 1604 de ese código el que señala los casos en que el deudor es responsable por la culpa lata o por la leve o la levísima, lo que está indicando que este art. y el 63 que define las culpas se refieren exclusivamente a las contractuales y no a las extracontrato. (Casación, LI, Nos. 1973 y 1974, mayo 29 de 1941)

498, 2ª

impone ese artículo están limitadas, naturalmente, por el carácter del endoso que se haya hecho del cheque y por las condiciones que reúna el tenedor de él, de acuerdo con el artículo 55 de la misma ley. Endosado el cheque por el tenedor, y hecho el endoso en blanco por el hecho de poner al dorso del instrumento su firma, se convierte por este hecho el instrumento, que en un principio se giró a la orden, en instrumento al portador. Esta conversión de un instrumento al portador está autorizada por el art. 13 de esa ley, que preceptúa que un instrumento negociable es pagadero al portador cuando el único o el último endoso es en blanco, ya que la firma del endosante, sin palabras adicionales, es endoso suficiente de acuerdo con el artículo 34. El endoso en blanco no especifica endosatario, y el instrumento así endosado es pagadero al portador y puede transferirse por la entrega (artículo 37).

CULPA

— 47 —

El artículo 63 del Código Civil no es mandamiento que regule obligaciones entre las partes contratantes. Es el 1604 el que señala los casos en que el deudor es responsable por la culpa lata o por la leve o por la levísima, lo que está indicando que este artículo y el 63 que define las culpas, se refieren exclusivamente a las contractuales y no a las extracontractuales. (Casación, LI, números 1971 y 1972, abril 30 de 1941)

239, 1ª

El endoso al cobro es restrictivo y para que él constituya al endosatario en agente del endosante, se hace indispensable que en el cuerpo del cheque se haga uso de alguna expresión que manifieste la voluntad del endosante de convertir al endosatario en su agente. Esta doctrina está consagrada no solamente en opiniones de tratadistas sino en legislaciones positivas, como en Francia, donde se consideraba hace pocos años que el endoso en blanco importa una comisión de cobranza, jurisprudencia desaparecida después de la reforma introducida por la ley de 8 de febrero de 1922 que preceptúa que el endoso opera la transferencia del título y sólo importa comisión de cobranza cuando tal ha sido la voluntad de las partes, cla-

CH

CHEQUES

— 48 —

La obligación que impone el art. 63 de la ley 46 de 1923 al girador está condicionada por la calidad del endoso. Las obligaciones que

Páginas

Páginas

ramente manifestada. La cláusula de los bancos según la cual "los cheques son aceptados en depósito por cuenta y riesgo del endosante hasta que el pago se haya efectuado y recibido por este banco", es una condición puesta por el banco para salvaguardar sus intereses, que modela el contrato de cuenta corriente pasado entre la institución bancaria y el consignante, pero que no se refiere en ningún caso al contrato de endoso, ni tiene por fin adicionarlo o modificarlo. La condición impuesta por el banco al cuenta-correntista de que los cheques son aceptados en depósito por cuenta y riesgo del consignante, hasta que el pago se haya efectuado, es una estipulación de adhesión, si se quiere, entre endosante y endosatario, a la cual es perfectamente extraño el girador. La nota antedicha no puede considerarse como un valor al cobro, porque, si se atiende a la costumbre bancaria, los establecimientos de crédito no se ocupan, en el giro ordinario de sus negocios, de cobrar cheques por cuenta del beneficiario; no tienen oficina especial para estos menesteres, ni cobran comisión alguna al cuenta-correntista cuando abonan en el haber de su cuenta el monto del cheque consignado en ella, al paso que sí tienen oficinas especiales para el cobro de los otros instrumentos negociables, redituando por este servicio una comisión, que paga el dueño del instrumento. En la práctica los bancos no cobran en dinero el valor de los cheques que sus clientes consignan en sus respectivas cuentas corrientes, se limitan a remitir el cheque a la oficina de compensación para saldar las deudas que pueden tener con otros establecimientos bancarios. Si esa cláusula implicara un endoso al co-

bro, el banco obligado por ella tendría que cobrar el cheque en dinero efectivo, no lo podría mandar a la oficina de compensación para cancelar sus deudas propias, pues bien puede suceder que al hacerse la compensación el banco no reciba dinero en pago del cheque, o que apenas reciba una parte de él, lo que está indicando que el endoso no es para el cobro, porque si lo fuese, el banco no podría compensar con él sus acreencias para con otros bancos. En la oficina de compensación no se saldan las cuentas o deudas del endosante ni del girador, quienes nada tienen que ver en las operaciones que efectúa la oficina de compensación, a las cuales son perfectamente extraños. Bien puede suceder que el banco, no cobre el cheque, ni siquiera lo envíe a la oficina de compensación, sino que lo negocie directamente con un tercero, operación lícita y correcta que no podría efectuar si fuese un comisionista únicamente al cobro, porque el mandatario no puede cambiar la finalidad que el mandante le haya dado al instrumento negociable, sin extralimitar el mandato o incurrir en culpa civil. En una palabra, por el hecho que el banco endosatario desatienda el contenido de la cláusula, no descarga al girador de las obligaciones que contrajo al girar el cheque, de acuerdo con el artículo 63, pues sería insólito que el banco que hace honor a la firma del girador, por su solvencia y honorabilidad, al cubrir el cheque antes que su valor sea pagado por el banco girado, descargara al girador de sus obligaciones, para quien así honró su firma y que el girador pudiera alegar, como excepción, la cláusula contenida en el recibo de consignación que tuvo por objeto primor-

Páginas

Páginas

dial, no la calificación del endoso, sino fijar modalidades especiales al contrato de cuenta corriente pasado entre el banco y el endosante, al cual es completamente extraño el girador. Otro aspecto de la cuestión es el de que abonado el valor del cheque a la cuenta corriente del girado por el banco, éste se convierte en tenedor en debida forma de acuerdo con el artículo 27 de la citada ley. (Casación, LI, números 1973 y 1974, junio 17 de 1941)

tintos precios al agua salada, menor para los que pertenezcan a la cooperativa, crea un privilegio en favor de éstos y en contra de los intereses de los que no pertenecan a la cooperativa, procedimiento prohibido por el artículo 27 de la Codificación Constitucional.

Son, pues, inexecutable el art. 5º de la ley acusada y el 2º del decreto acusado también, mas no el art. 7º de aquélla. (Sentencia de la Corte Plena, LI, Nro. 1970, abril

577, 1º 24 de 1941) 28, 1º y 2º y 2º y ss.

D

DECRETO ACUSADO NUMERO 1377 DE 17 DE JULIO DE 1940

— 49 —

Aunque las salinas son bienes fiscales de la Nación no puede obrar, respecto de la elaboración, como persona de derecho privado, con libertad omnimoda, porque la función de la elaboración la atribuyó la ley a los particulares, recortando así la libertad de la Nación. Si la elaboración de la sal pertenece a los particulares, el Gobierno no puede hacer a los unos de mejor condición que a los otros y no puede obligarlos a formar entre ellos o con la Nación cooperativas para la elaboración de sales. Obligar a los particulares a formar cooperativas, impelidos por los privilegios, gracias o ventajas que otorgue el Gobierno a los que se asocien con tal fin, es atentar contra la libertad de industria, es violar el precepto constitucional del artículo 40 que dice que el trabajo gozará de especial protección del Estado, y no es proteger el trabajo el hecho de señalar precios distintos a los que elaboran sal. Por tanto, si el Gobierno fija dis-

DECRETO ACUSADO NUMERO 1438 DEL 18 DE JULIO DE 1940, "POR EL CUAL SE REFORMA LA LEY 23 DE 1931, ORGANICA DEL CONSEJO DE LA ECONOMIA NACIONAL Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES"

— 50 —

El Decreto Legislativo acusado emana de las facultades extraordinarias otorgadas al Organó Ejecutivo por la Ley 54 de 1939, la que a su vez fue expedida por el Congreso en ejercicio de la expresa atribución que a él le señala el numeral 9º del artículo 69 de la Constitución; no es, por tanto, inexecutable. Además, como el acusador ha dicho que el ordinal c) del art. 1º de la Ley 54 de 1939 es muy vago e impreciso y por ello ha sostenido que no autoriza al Presidente de la República para expedir el decreto acusado, debió, por consiguiente, acusar esa ley, y en caso de prosperar su acusación, virtualmente habría caído el decreto también; pero no estando acusada la ley mal podría aseverarse que el decreto traspasa los límites señalados por el legislador a las facultades extraordinarias y en esas condiciones el cargo formulado por el demandante contra el decreto

no puede prosperar. (Sentencia de la Corte Plena, LI, número 1970, abril 21 de 1941) 25, 1º y 2º

DEFENSOR DE OFICIO

— 51 —

El juez que remueve a un defensor de oficio cuyas actuaciones son un obstáculo para adelantar el proceso y lo sustituye por otro, en vez de atropellar y desconocer derechos del reo, obra rectamente. Ninguna norma legal le prohíbe al juez, en esas circunstancias, el cambio de defensor de oficio por otro. El artículo 344 de la ley 105 de 1890 no estorba que el juez, en caso de necesidad para la administración de justicia, pueda decretar la insubsistencia del nombramiento de un defensor de oficio. Mas debido a la naturaleza del acto no pasa igual cosa con el defensor que escoge el reo. Y es que como el artículo 343 de esa ley confiere a todo procesado, que no quiera o no pueda defenderse por sí, el derecho de señalar defensor, no cabe en las facultades del juez atentar contra ese derecho deponiendo al defensor que el reo nombre y designando a otro en su lugar.

En los negocios del ramo penal, en donde no ha habido ni hay la nulidad por ilegitimidad de la personería del defensor, sino ilegitimidad del acusador particular, o del querellante (ordinal 2º del artículo 264 de la ley 57 de 1887 y número 2º del artículo 198, ley 94 de 1938), la posible ilegalidad en el nombramiento de un defensor no resta eficacia a las notificaciones ni deja sin ejecutoria los respectivos autos y sentencias, con tal que el derecho de defensa no haya sido vulnerado. (Casación, LI, N° 1975, octubre 8 de 1941) . .

Páginas

DEFENSORES

— 52 —

En los juicios ante el Jurado, cuando la falta de asistencia del defensor a la audiencia obedece, no a motivo justificado, como enfermedad o calamidad doméstica grave, sino a renuencia o abandono de su deber, se carece de fundamento para decretar la nulidad de lo actuado. La celebración del juicio no podría quedar a voluntad de los defensores, permitiéndoles aplazar indefinidamente la terminación de los procesos, sin otra sanción que el pago de la multa ordenada por el artículo 287 de la ley 57 de 1887. (Casación, LI, números 1973, 1974, julio 9 de 1941)

Páginas

660, 1º

DELITO INSTANTANEO

— 53 —

La instantaneidad de un delito no está sujeta, de ninguna manera, al tiempo que tarde el delincuente en prepararlo ni a la complicación de factores para su ejecución. El delito instantáneo no implica unidad de acto, sino unidad de tiempo en la consumación, y trae la imposibilidad de repetirlo sin que en el nuevo hecho se vea un delito aparte. Y es que consumada la acción en el delito instantáneo, al recomenzarlo se emprende en otro. (Auto, Sala de Casación Penal, LI, número 1970, mayo 5 de 1941)

104, 2º

DENUNCIO CRIMINAL

— 54 —

En tesis general, y salvo estipulación clara y expresa entre mandante y mandatario, o de poder

Páginas

Páginas

claramente otorgado para determinado caso, la presentación de un denuncia criminal contra terceros es asunto de índole estrictamente personal del denunciante, que compromete exclusivamente su responsabilidad. Un poder general conferido para negocios no puede por sí solo autorizar al mandatario para mover la justicia penal a nombre de su mandante, ya que éste no pudo tener la voluntad ni la intención de facultarlo para realizar un acto de esa índole, sino por medio de una manifestación expresa y clara contenida en el mandato. Aunque todo mandatario está obligado a vigilar y proteger los intereses patrimoniales que se le han encomendado, no es siquiera aceptable que proceda a establecer denuncias criminales en defensa de tales intereses, porque en tal caso puede ejercitar todas las acciones judiciales y adelantar las gestiones que sean conducentes hasta obtener ese resultado, sin necesidad de acudir a un medio tan extraño a la esencia del mandato y tan dado a producir efectos que puedan en ocasiones comprometer la responsabilidad y el interés patrimonial del mandante. (Casación, LI, números 1971 y 1972, abril 17 de 1941).....

DEPOSITO CIVIL Y DEPOSITO BANCARIO

— 55 —

El contrato de depósito que regula el Código Civil es distinto jurídicamente del depósito bancario y ni siquiera las disposiciones del Código Civil pueden ser aplicables al depósito comercial, que se rige por las disposiciones del título 14 del libro 2º del Código de Comer-

cio. Fuera del depósito propiamente civil y del comercial ha existido siempre el depósito bancario, que sigue sus normas especiales según el artículo 945 del Código de Comercio. En efecto: desde la expedición del Código Civil quedaron sometidos a un régimen especial y distinto los depósitos de carácter mercantil y bancario, regido este último por los estatutos de los establecimientos de crédito. Más tarde, por un principio de seguridad general intervino el Estado en el régimen bancario y dictó leyes especiales sobre los depósitos pero sin asimilar nunca éstos a los depósitos llamados propiamente de carácter civil. Mucho antes, en 1895, de la intervención del Estado en Colombia en asuntos bancarios, la Corte, en sentencia de 11 de marzo de ese año, estudió la configuración jurídica de los depósitos bancarios, y consideró estos contratos como de mutuo, y no regidos por las disposiciones sobre depósito que consagra el Código Civil. Los expositores de derecho comercial, entre nosotros, siguen esa misma doctrina, que es idéntica a la sostenida por los más reputados autores que se han ocupado en esta materia, como Lyon Caen y Joseph Hamel (*Banques et operations de Banque*, edición de 1933).

198, 1ª

El legislador colombiano basó la ley 45 de 1923, que reglamentó la industria bancaria, en esa misma doctrina, configuró claramente el carácter, la extensión y fin de los depósitos bancarios, que se rigen precisamente por la citada ley, que es especial sobre la materia. No son, por tanto, aplicables a esos casos las disposiciones del Código Civil. Si es cierto que en principio los Bancos depositarios debían devolver a los depositantes en la mis-

ma especie de moneda que éstos habían entregado, prestado o consignado a aquéllos, por efecto de las leyes sobre deudas los Bancos deben solventar esas obligaciones, inicialmente contraídas en oro colombiano, en billetes del Banco de la República. (Casación, LI, números 1971 y 1972, abril 29 de 1941)

DESLINDE

— 56 —

Los juicios sobre deslinde no versan sobre el dominio, puesto que son de apeo, y por tanto, han de concretarse a establecer la materialidad del lindero o linderos respectivos y a señalarlos en lo posible con mojones. Cada uno de los dueños de predios limítrofes puede haber poseído aquende o allende la línea precisa, ya en toda ella, ya en uno o más de sus trayectos, y cuando el Juez al trazarla en el apeo y al analizarla y cribarla en el ordinario de oposición la señala de modo que no corresponda a esas ocupaciones, esta discrepancia no puede constituir tacha eficaz y valedera. (Casación, LI, números 1973 y 1974, mayo 30 de 1941)

DICTAMEN PERICIAL

— 57 —

Múltiple y reiterada ha sido la jurisprudencia de la Corte en el sentido de que la prueba pericial no obliga sino mediante la evaluación jurídica del Juez, que es a quien corresponde, en definitiva, determinar el valor probatorio del peritazgo. Pero esta facultad judicial de apreciación fundamental del peritazgo no autoriza, tratán-

Páginas

Págs.

dose de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, para que los magistrados o jueces procedan a fijar el precio o la estimación de las cosas que deben ser apreciadas o estimadas para decidir la controversia, con prescindencia o alteración del dictamen pericial, como lo establecía el art. 233, 2º y 234, 1º de la ley 105 de 1890 en el antiguo régimen probatorio. Ahora los casos que pueden ocurrir sobre justiprecio judicial del mérito del peritazgo cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica están previstos y regulados en el artículo 721 del Código Judicial, así: Si el dictamen uniforme de dos peritos es explicado y está debidamente fundado en concepto del Juez, en relación con todos los elementos del proceso y ha sido, además, obtenido con observancia de las fórmulas y requisitos legales, tiene el valor de plena prueba y obliga al Juez. Si hay desacuerdo entre los dos peritos por divergir en la conclusión del valor, *quantum debeatur*, como el artículo que se estudia ha de relacionarse con el 716 del C. J., la intervención del perito tercero puede plantear una de esas dos situaciones, cuando no adhiere al dictamen de uno de los principales: si las tres cifras del avalúo son distintas y la diferencia entre las dos extremas no excede del cincuenta por ciento de la cantidad menor, el Juez queda obligado, naturalmente si se llenan también las condiciones generales ya vistas, por el medio aritmético, esto es, la cifra que resulte de dividir por tres la suma de las tres cantidades. En el caso de que la diferencia entre las cifras extremas de los tres avalúos exceda de la cantidad menor, es el único evento en que el Juez tiene facultad legal

para hacer la regulación que estime equivalente conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso, o para decretar de oficio otro avalúo por medio de peritos que él designe. (Casación, LI, números 1971 y 1972, junio 20 de 1941) 296, 1ª y 2ª

DICTAMEN PERICIAL

— 58 —

El artículo 721 del código judicial no implica necesariamente que el juzgador tenga que darle valor de plena prueba a la exposición pericial. Para que ella tenga ese alcance es necesario que el dictamen sea uniforme, explicado y debidamente fundado. (Casación, LI, números 1973 y 1974, mayo 29 de 1941)

DICTAMEN PERICIAL

— 59 —

La razón o el principio en que se funda el artículo 718 del Código Judicial es el siguiente: la prueba pericial es una prueba común que no puede producirse sino con intervención de ambas partes, aun cuando sea una sola la que la pida, y siendo eso así, cuando tal prueba se ha decretado, es inoficiosa la práctica de otra igual, por cuanto equivaldría a repetirse lo que ya está decretado y hasta consumado. Sólo cuando esa prueba resulta fallida dentro del mismo juicio por haber prosperado alguna objeción contra el dictamen pericial, puede repetirse, como lo preceptúa el artículo 719 del Código Judicial; pero en ese caso la repetición se hace en el concepto, sobre la base y sobre la realidad de que la primera prueba no existe, lo cual es

Páginas

claro, porque el experticio sólo queda legalmente producido cuando el dictamen pericial ha sido puesto en conocimiento de las partes y no ha sido objetado o no han prosperado las tachas propuestas contra él.

Si es cierto que según el artículo 721 del Código Judicial cuando se trata de avalúos o de cualquiera regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos hace plena prueba, también lo es que dicha norma no es de obligación mecánica ni obliga fatalmente al juzgador, puesto que éste queda en libertad para apreciar el fundamento que hayan dado los expertos a su dictamen y entonces, si tal fundamento es acertado y exacto, el experticio tiene el carácter de plena prueba. (Casación, LI, Nos. 1971 y 1972, mayo 7 de 1941)

500, 2ª

Páginas

273, 1ª y 2ª

DISPOSICIONES SUSTANTIVAS Y ADJETIVAS

— 60 —

Es verdad transparente que la calidad de sustantiva o de adjetiva de una disposición legal no consiste en su colocación en tal o cual código; en el civil abundan las meramente adjetivas y las sustantivas escasean en el judicial. Los artículos 716 y 862 del C. J. son adjetivos, como también el 981 del C. C. (Casación, LI, números 1973 y 1974, mayo 30 de 1941)

520, 2ª

DOCUMENTOS PUBLICOS

— 61 —

Cuando en la creación del documento interviene un funcionario

Páginas
 público ejercitando un acto que le está atribuído por la ley o el reglamento, el documento adquiere la categoría de público y no importa que esté destinado a dar fe de un contrato entre la administración y un particular. (Casación, LI, N° 1975, abril 2 de 1941)

DOCUMENTOS ROTOS,
 ALTERADOS, Etc.

— 62 —

El artículo 652 del Código Judicial no contempla el caso de pedazos de documentos, sino de documentos completos que hayan sufrido alguna alteración o algún rompimiento, pero a los cuales no les falte una buena parte de su contenido. (Casación, LI, Nos 1973 y 1974, mayo 29 de 1941)

E

EJECUCION

— 63 —

Conforme al artículo 982 del Código Judicial puede demandarse por el trámite ejecutivo toda obligación que conste en acto o documento que provenga del deudor, o de su causante, y constituya, por sí solo, según la ley, plena prueba contra él, o que emane de una decisión judicial que deba cumplirse, siempre que del documento o de la decisión judicial resulte a cargo del demandado una obligación expresa, clara y actualmente exigible. (Auto, Sala de Negocios Generales, LI, número 1970, diciembre 13 de 1940)

Páginas
 EMBARGO DE DERECHOS
 LITIGIOSOS

— 64 —

Conforme a los artículos 39 y 41 de la ley 57 de 1887, y 15 de la ley 40 de 1907, en relación con el 261 del antiguo Código Judicial, y con lo estatuido por el 1027 del mismo y 188 de la ley 105 de 1890, sí podía comunicarse el embargo de un derecho litigioso antes de notificarse el auto respectivo, porque esa comunicación era la que daba y da efectividad al embargo, que de otra manera podría llegar a ser ineficaz. (Casación, LI, Nos. 1973 y 1974, mayo 21 de 1941) 488, 2ª

EMPLEADO PUBLICO

— 65 —

493, 2ª Las relaciones entre el empleado público y el Estado no son de índole contractual, sino de servicio público. No son de índole contractual, pues entre el empleado y la administración no existe previo acuerdo de voluntades; ésta crea el empleado, le señala sueldo y atribuciones y nombra el funcionario aun sin previa consulta; la investidura del cargo en el funcionario es unilateral y obra exclusiva del Estado; el funcionario no discute sueldo ni condiciones de trabajo y la Administración queda en libertad de variar esas condiciones, aun contra la voluntad del empleado. (Auto. Sala Civil de Unica Instancia. LI, número 1970, mayo 21 de 1941) 137, 2ª

EMPLEADOS PUBLICOS
 QUE INTERVIENEN EN
 POLITICA

— 66 —

117, 2ª
 Es punible la intervención de los

funcionarios públicos en debates electorales, aunque se realice en territorio distinto al de su jurisdicción. El debate político para elegir diputados a las asambleas departamentales es uno solo en todos los municipios de cada Departamento, sin que su unidad se afecte porque se haya dividido el respectivo territorio en círculos electorales. Esta división es un medio adoptado para la distribución proporcional de las curules entre los partidos, procurando a la vez una relativa representación de los intereses locales. De suerte que en el campo de la responsabilidad jurídica, forman un todo indivisible las actividades políticas de un empleado público en diferentes distritos; con ocasión del proceso electoral para constituir la asamblea. (Auto, Sala de Casación Penal, LI, números 1971 y 1972, mayo 30 de 1941).

Páginas

causa, y se rompería el equilibrio contractual o se faltaría a él. (Casación, LI, números 1973 y 1974, junio 3 de 1941).....

Páginas

538, 2ª

ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO

— 68 —

El error de hecho consiste en la creencia equivocada de que ha sucedido una cosa que en realidad no ha sucedido, o que, al contrario, ha dejado de suceder un hecho consumado y probado plenamente; y el error de derecho es la noción equivocada que uno tiene de las disposiciones de la ley, o, en otros términos, consiste ya en juzgar falsamente el hecho a la luz de la ley, ya en una interpretación absurda de ella, va en una equivocada aplicación al caso de la litis. (Casación, LI, Nos. 1971 y 1972, abril 25 de 1941)

220, 2ª

ENTREGA MATERIAL DE LOS BIENES VENDIDOS

— 67 —

Uniforme y reiteradamente ha sostenido nuestra jurisprudencia que es necesaria la entrega material para dar por cumplida la principal obligación de un vendedor. El artículo 882 del C. C. así lo persuade. Y ello es de elemental equidad: el comprador no puede hallar como mira y equivalente del precio el mero otorgamiento y registro de una escritura, sino que busca la cosa misma comprada y su goce; de lo contrario, el vendedor que a escriturar se limitase se enriquecería sin causa al recibir por eso solamente el precio; y el comprador al pagarle sobre esa sola base se empobrecería también sin

ETICA PROFESIONAL

— 69 —

Elemental precepto de ética jurídica prohíbe alegar las propias faltas o culpas para convertirlas en fuente o motivo de provecho personal. Hay entonces una ilicitud en la causa *petendi* que expresa el aforismo: *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. (Casación, LI, Nos. 1973 y 1974, junio 18 de 1941).

585, 2ª

EXCEPCION

— 70 —

Cuando hay diferencias entre los contratantes en un contrato celebrado con el Gobierno, acerca de

las obligaciones del contratante o del Gobierno, o sobre la inteligencia que debe darse al contrato, el Poder Judicial o los Tribunales de lo contencioso administrativo son los que deben resolver, en lo que les corresponda, sobre demandas en que se exija del contratista el cumplimiento de sus obligaciones al Gobierno. De esto se desprende que durante el tiempo en que esté pendiente la decisión definitiva de esas diferencias, el Juez de Ejecuciones Fiscales no puede ejecutar a la Compañía, porque aunque haya una partida de reconocimiento oficial de la deuda del contratista, se ignora si éste debe la cantidad reconocida, puesto que él sostiene que de acuerdo con lo estipulado no la debe. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LI, Nos. 1971 y 1972, febrero 27 de 1941) (1)....

EXCEPCIONES

— 71 —

Cuando se trata de un juicio ejecutivo que tiene por base del recaudo un reconocimiento que se tilda de ilegal y errado y que no comporta la tramitación de un proceso administrativo, la intervención de la justicia ordinaria, de conformidad con el artículo 1060 del Código Judicial, está plenamente autorizada para examinar la legalidad de la actuación que ha de preceder a dicho reconocimiento, así como la de éste. Otra cosa sería si se tratase de la revisión de un proceso administrativo. (Sentencia, Sala de Negocios Genera-

(1) Son palabras de la sentencia proferida por la misma Sala el 19 de octubre de 1923.

Páginas

les, LI, N° 1970, enero 30 de 1941).

Páginas 118, 1°

EXEQUIBILIDAD

— 72 —

Es exequible el artículo 7° de la ley 264 de 1938. (Sentencia de la Corte Plena, LI, número 1970, abril 24 de 1941)

30, 1°

EXEQUIBILIDAD

— 73 —

Es exequible el Decreto número 1438 del 18 de julio de 1940, "por el cual se reforma la ley 23 de 1931, orgánica del Consejo de la Economía Nacional y se dictan otras disposiciones" (Sentencia de la Corte Plena, LI, número 1970, abril 21 de 1941).....

412, 1°

25, 2°

EXPROPIACION

— 74 —

Las indemnizaciones que pueden decretar las corporaciones de lo contencioso administrativo, al tenor de la ley 38 de 1918, no son por toda expropiación o daño; no se comprenden allí las del resorte del Poder Judicial, a las que se refiere el artículo 5° del Acto Legislativo número 3 de 1910, sino las expropiaciones y daños diferentes de esas, ordenadas o ejecutadas por autoridades administrativas sin fundamento en la ley y que la Nación, el Departamento o el Municipio deben indemnizar en cuanto redunden en provecho de cualquiera de ellos; se desprenden que de éstas se trata en la ley 38 citada, porque antes de expedirla no había ley especial que reconociera derecho a indemnización por esta clase de actos. (Sentencia, Sala de

Negocios Generales, LI, números 1971 y 1972, febrero 14 de 1941). (1).....

Páginas

persona capaz de obligarse como tal y que tenga bienes más que suficientes para hacer efectiva la caución. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LI, Nos. 1971 y 1972, febrero 13 de 1941)

Págs.

399, 1º

395, 2º

F

FAROS

— 75 —

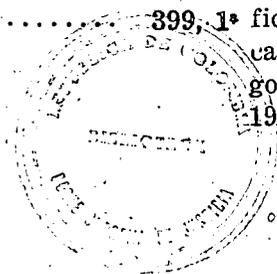
El artículo 1º de la ley de 7 de junio de 1856 faculta al Ejecutivo para la celebración de contratos de privilegios sobre construcción y explotación de faros o fanales en las islas y costas marítimas de la Nación. Por medio de la ley 63 de 1903, el legislador confirmó esa facultad en el parágrafo del artículo 24. (Sentencia de la Sala de Negocios Generales, LI, Nº 1970, enero 30 de 1941)

FIANZA

— 76 —

La fijación de la cuantía de la fianza no puede tener por objeto limitar la responsabilidad del fiador, en caso de que resulte algún alcance contra el fiado. Esa fijación no reza ni puede reza con el caso que se haya previsto de que el fiador se obligue a pagar cualquiera otra cantidad que se deduzca contra su fiado, pues en ese caso aquél debe responder por cualquier alcance que resulte en contra de éste. La fijación de la cuantía de la fianza obedece a la necesidad de calificar la solvencia del fiador, el que debe ser, conforme al artículo 2376 del Código Civil,

(1) Reprodujo la Corte lo expuesto en sentencia de 27 de junio de 1923.



FILIACION NATURAL

— 77 —

Véase HIJOS NATURALES. La sentencia de casación del 28 de junio de 1941, G. J., 1973 y 1974, página 612, 1º y 2º

FRACCION, LOCALIDAD Y PARAJE

— 78 —

119, 2º De acuerdo con la definición que a las palabras fracción, localidad y paraje da el Diccionario de la Lengua, puede decirse que fracción es una de las partes en que se divide el territorio municipal, y que paraje y localidad significan más o menos lo mismo, es decir, sitio o lugar fijo o determinado. (Casación, LI, Nos. 1973 y 1974, junio 5 de 1941)

544, 2º

H

HIJOS NATURALES

— 79 —

El medio subsidiario de obtener la declaración judicial de filiación natural sólo es oportuno cuando el hijo no ha obtenido el reconocimiento expreso y voluntario del padre y tiene que acudir, por ende, a la declaración judicial de paternidad.

El estado civil de hijo natural, reconocido expresamente por el pa.

Páginas

Páginas

dre, constituye un derecho adquirido que no puede ser desconocido, modificado ni vulnerado por leyes posteriores, por tratarse de una situación jurídica debidamente constituida que escapa a la reglamentación de una ley nueva.

El orden sucesoral o la reglamentación legal del derecho de herencia, como modo de adquirir el dominio patrimonial, constituye a su vez una situación jurídica bien distinta del simple estado de las personas. El estado civil viene a ser un requisito o elemento que influye en la reglamentación y ejercicio del derecho de herencia, pero no se confunde e identifica con este mismo. El estado civil, una vez adquirido, constituye por sí solo una situación jurídica perfecta, sin relación a algún posible e hipotético efecto patrimonial sobre una herencia. El derecho real de herencia, aun siendo ejercido por un legitimario, no se consolida y constituye desde que nace el heredero o desde que adquiere el estado civil que le confiere aptitud legal para reclamarlo. El derecho de herencia no es un derecho adquirido por el heredero durante la vida del causante, sino una mera expectativa para concurrir a recibir la cuota herencial que le corresponda, según las reglas sucesorales. Sólo en virtud de la muerte del causante y del fenómeno de la delación de la herencia y su consiguiente aceptación viene a radicarse el derecho sucesoral en cabeza del heredero, porque su expectativa o mera aptitud sucesoral aun originada en un estado civil ya adquirido, no era una situación jurídica en formación o desarrollo, que sólo se constituye a la muerte del *de cuius*, en virtud de la delación. Como consecuencia de las an-

teriores premisas, las leyes nuevas no tienen en forma alguna carácter retroactivo cuando pretenden aplicarse inmediatamente a una situación en desarrollo y pueden, por lo tanto, afectar elementos constitutivos que no se había reunido aún, a crear condiciones nuevas, modificar o hacer desaparecer en lo futuro los efectos que no han producido todavía los elementos anteriores.

Estos mismos principios científicos fueron los que inspiraron la ley 153 de 1887 en sus artículos 25 y 28. En una palabra, y como ya lo dijo la Corte, "el estado civil constituido conforme a una ley es un derecho adquirido que no puede ser vulnerado por leyes posteriores; lo mudable y que sí puede variar la ley posterior, son los derechos y obligaciones anexos a ese estado, cuando los primeros no se han realizado ni se han cumplido los segundos". En consecuencia, reconocida una persona como hija natural del causante desde tiempo atrás, no podía concurrir en 1937 a participar con los hijos legítimos en la sucesión de su padre natural, porque cuando ocurrió la delación de la herencia y se pudo radicar en su persona el pretendido derecho herencial ya se le había privado de éste por virtud del artículo 86 de la ley 153 de 1887, que reformó el 1045 del C. C. Tal expectativa sucesoral no entrañaba una situación jurídica consolidada y constituida, antes de la muerte de su padre; pero aun siéndolo, el artículo 28 de la misma ley 153 lo sometía, en cuanto a su ejercicio y cargas y en lo tocante a su extinción, a las normas y condiciones de la nueva ley. Y el artículo 28 de la ley 45 de 1936 tampoco le devolvió ese derecho herencial, porque lo limitó

taxativamente a los hijos naturales concebidos con posterioridad a su vigencia. (Casación, LI, junio 28 de 1941, Nos. 1973 y 1974)

HIJOS NATURALES

— 80 —

Los cinco casos en que con criterio de justicia social admite la ley 45 de 1936 la acción de investigación de la paternidad son similares en su esencia a los de la ley francesa de 1912, de suerte que las exposiciones de algunos expositores franceses como Jossierand, Plainol y Ripet, Colin y Capitant sobre el particular tienen completa actualidad y aplicación al texto colombiano. Mas difieren las dos legislaciones en relación con los términos procesales para el ejercicio de la acción de estado y con la viabilidad y procedencia de la misma. Nuestra legislación no señala, como la francesa, términos perentorios para el ejercicio de la acción de investigación y, en cuanto a la viabilidad de la acción de investigación contra los herederos del presunto padre natural no es una misma la doctrina, pues en tanto que los tratadistas y la jurisprudencia franceses no admiten el fallecimiento del pretendido padre como causa extintiva del derecho del hijo, entre nosotros no cabe admitir lo mismo. Dentro del sistema normativo francés la doctrina y la jurisprudencia son rigurosamente lógicas. Tales doctrinas y jurisprudencia, fundadas en el silencio de la ley francesa y en el señalamiento de plazos cortos prescriptivos, no pueden tener aplicación en nuestro país, dado que la ley colombiana se apartó en tales extremos de la francesa. Al

Páginas

612, 1^a
y 2^a

efecto, el estatuto patrio no fijó términos perentorios para el ejercicio de la acción; y en cambio la Ley 45 sí señaló de manera tácita y 2^a o implícita la muerte del padre natural como causa de extinción de la acción.

Los artículos 403 y 404 del Código Civil, a los cuales quiso dárles estricta y obligatoria aplicación la ley 45 de 1936, son de tan diáfana claridad que no es necesario acudir a reglas de hermenéutica para conocer e interpretar su sentido. Estatuyen y consagran que en controversias de esta índole sólo es legítimo contradictor el padre contra el hijo o viceversa, y que siempre que esté comprometida la paternidad "deberá intervenir el padre forzosamente". En consecuencia, siempre que en una cuestión esté comprometida la paternidad del hijo natural, deberá el padre intervenir, so pena de nulidad. Aunque la Corte comparte, en principio, la tesis general sobre la legitimidad de la personería de todo el que tenga interés jurídico sobre la materia, en perfecta armonía con ella acepta y sostiene que en estas acciones de investigación de la paternidad el Código colombiano ha sentado una expresa, definida y concreta excepción a ese principio general de derecho procesal. Tal excepción está consagrada por los artículos 403 y 404 del C. C., sin que el más ilustrado y generoso criterio jurisprudencial pueda modificar la interpretación y alcance de esos textos legales. En ellos se ha dispuesto que sólo puede ser legítimo contradictor el padre, so pena de nulidad, y que los herederos únicamente representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia. No hay fuerza de dialéctica que tenga facultad de

Páginas

Páginas

oscurecer o modificar el sentido natural y obvio de tales preceptos, que establecen en una norma procesal especial esta clase de controversias sobre filiación, y si el art. 7º de la ley 45 dispone perentoriamente que tales reglas del Código sean de obligatoria aplicación a los juicios de filiación natural, no es posible hacer un esguince a tan imperativos preceptos, para ir a derogarlos con el pretexto de aplicarlos a simples reglas de derecho procesal, que no se compadecen con nuestro sistema normativo en la materia.

En el artículo 403 se reconoce como exclusivo y legítimo contradictor en estos juicios al mismo padre, o a sus herederos o representantes, si fallece antes de fenecer el proceso. Si no fuera esta la única interpretación que puede dársele al mencionado texto, quedaría sin sentido ni aplicación el artículo 404, en cuya virtud los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; lo que quiere decir que la acción tiene que iniciarse en vida del pretendido padre. Estima la Corte que al artículo 401 no puede dársele otra interpretación distinta de la de que los fallos en esta clase de juicios deben siempre producir sus efectos erga omnes, aunque no hayan estado representados en el litigio, porque la naturaleza intrínseca de esta clase de controversias y la trascendencia de la declaración de filiación así lo exigen. Para esto sólo es necesario que se haya proferido la sentencia contra legítimo contradictor (artículo 402), pues bien claro resulta que si no existe en la parte opositora capacidad jurídica para ser parte, ningún resultado puede producir la declaración judicial de paternidad. Los

Páginas

fallos de filiación, para que prosperen, siempre han de seguirse contra legítimo contradictor, so pena de nulidad, y esos fallos siempre producirán efectos erga omnes.

Si en Francia nadie discute que el hijo tiene derecho a obtener la declaración de su filiación natural después de, muerto el padre, eso se explica en presencia de terminantes preceptos como el artículo 1351 del Código Civil francés y la ley de 16 de noviembre de 1912; pero en Colombia resulta que nuestro Código Civil, en sus artículos 401 a 403, y la ley 45 de 1936 en su artículo 7º disponen cosa distinta. El artículo 401 del C. C. colombiano consagra no la "teoría del legítimo contradictor, sino el principio de los efectos absolutos de las sentencias sobre filiación; de manera que la regla pragmática del artículo 17 del C. C. es aplicable a los procesos sobre filiación legítima o ilegítima, porque el legislador colombiano así lo ha querido al consagrar la regla de excepción del artículo 401, que atribuye efectos absolutos a esta clase de fallos. Por esa circunstancia no pueden tener aplicación en Colombia las reglas del derecho francés, ni puede adoptarse la jurisprudencia francesa sobre relatividad de estas decisiones, ni caben las observaciones de los doctrinantes franceses.

No comparte la Corte el concepto de que la teoría del legítimo contradictor nada tiene que ver con el derecho del hijo a ejercitar la acción de reconocimiento ante los herederos del padre, porque nuestro legislador quiso precisamente que estas acciones sobre reconocimiento de la paternidad natural se siguieran con el supuesto padre, como legítimo contradictor

Páginas

Páginas

en el proceso, y ante esa exigencia perentoria de nuestro sistema normativo es claro que la tesis del legítimo contradictor sí tiene qué ver con la pretendida facultad del hijo para ejercitar la acción ante los herederos del padre.

El estado civil de hijo natural no puede adquirirse después de fallecido quien debía aceptarlo o rechazarlo, quien debía ser vencido en juicio por quien lo pretendiera, y una cosa es la transmisibilidad a los herederos de los derechos y obligaciones del *de cujus*, y otra totalmente distinta el estado civil, que no es derecho trasmisible.

Al rechazar la Corte cualquiera interpretación de los textos legales citados que se base en teorías transaccionales francesas o en determinadas interpretaciones jurisprudenciales que no sean las que claramente establecen los preceptos de nuestro Código Civil, no admite la distinción que pretende hacerse entre la tesis del legítimo contradictor y la viabilidad misma de la acción, pues si nuestra ley dijera en alguna de sus normas que los fallos sobre filiación tienen efectos absolutos cuando interviene el contradictor legítimo y sólo relativos cuando se obtiene contra los herederos o causahabientes, habría razón para formular esa glosa. Pero como lejos de aceptar esa distinción consagra en el artículo 401 que esta clase de procesos sólo pueden adelantarse contra legítimo contradictor, aparece evidente que esa conclusión o distinción es infundada, porque nuestra ley no la hace en texto alguno.

Nadie nace hijo natural respecto de su padre y para adquirir ese estado se requiere el cumplimiento de alguno de los dos requisitos que establece el artículo 1º de la

ley 45 de 1936: reconocimiento voluntario del padre por alguno de los medios solemnes que estatuye taxativamente el artículo 2º, o declaración judicial de filiación natural, hecha conforme a lo dispuesto en la citada ley. (1) (Casación, LI, números 1973 y 1974, junio 30 de 1941).....

620, 1º
y 2º y ss.

HIJUELA

— 81 —

La hijuela declara y puntualiza en el adjudicatario el dominio del causante; de suerte que si éste no lo tenía, no puede entenderse conferido al adjudicatario por el simple hecho de haber obtenido o haberse formado a sí mismo tal adjudicación. (Casación, LI, números 1971 y 1972, abril 2 de 1941).

162, 2º

HIPOTECA

— 82 —

La disposición contenida en el inciso 2º del artículo 2345 del código civil es generalísima; se aplica a todas las mejoras, de cualquier naturaleza que sean, ya se trate de naturales o industriales; la ley no distingue, y es tan clara y tan límpida la redacción de ese inciso, que no autoriza al juzgador para poner de lado su tenor literal, que ha de tenerse muy en cuenta, de acuerdo con el mandamiento del artículo 27 del C. C., ya que el inciso no contiene expresión oscura para que haya de recurrirse a la intención o espíritu para fijar su verdadero sentido. Sería en verdad inusitado que los aumentos o me-

(1) Salvó su voto el magistrado doctor Hernán Salamanca.

Páginas

Páginas

joras que reciba la cosa hipotecada se refieran únicamente a los muebles que por accesión a aquella se reputan inmuebles, y que las mejoras y aumentos que reciba la finca exclusivamente hipotecada esté fuera de la órbita de la garantía hipotecaria, pues no se ve razón para amparar la tesis consistente en que deben excluirse de la hipoteca las mejoras que reciban los muebles que por accesión se reputan inmuebles. A dos casos distintos se refiere el art. 2445 en sus incisos 1º y 2º: el primero, a los bienes muebles reputados inmuebles por el artículo 658, para estatuir que ellos están comprendidos en la hipoteca; el segundo, se refiere a los aumentos y mejoras de la cosa hipotecada sin hacer distinciones. Todas las decisiones de los tribunales de los países que tienen una legislación semejante o similar a la nuestra en este punto han resuelto sin vacilación que la hipoteca comprende las mejoras que reciba la cosa hipotecada, ya sean naturales e industriales, y la Corte Suprema ha decidido, aplicando el artículo 2446 "que la hipoteca se extiende a la indemnización debida por los aseguradores de una edificación hipotecada destruída por el fuego, porque si el edificio sometido al gravamen hipotecario estaba bajo la posibilidad legal de ser vendido a pedido del acreedor para el pago de su crédito, no se justificaría que la suma de dinero en que se convierte por la azarosa ocurrencia del siniestro se considerase como un bien común del deudor asegurado en beneficio de todos sus acreedores, precisamente cuando la situación del dueño del crédito hipotecario desmejora por la destrucción de la cosa que le servía de garantía".

Se entienden por mejoras naturales las que se realizan sin el trabajo del hombre, como la extinción de las servidumbres que gravan el inmueble hipotecado, la terminación del usufructo que afecta el fundo hipotecado, los aumentos que reciba por vía de aluvión y aun de avulsión. Por mejoras industriales se entienden las verificadas por la mano del hombre, como las construcciones; las plantaciones, los trabajos de irrigación, drenajes, desecación de pantanos; la agregación de un piso a un edificio ya construído, y aun hasta las construcciones nuevas hechas por el propietario del fundo hipotecado, porque ellas se consideran incorporadas al suelo por efecto de la accesión. Se presume que el propietario del fundo hipotecado extiende los efectos de la hipoteca a las construcciones nuevas, a menos que aparezca lo contrario en el acto originario constitutivo de la hipoteca. Si es de rigor que el acreedor hipotecario corra el albur de una disminución del valor del predio hipotecado, proveniente de una causa natural o económica, también es de justicia que aproveche de la plus valía del inmueble hipotecado a consecuencia de una evolución económica o de trabajos ejecutados en las vecindades del fundo, que lo hagan mejorar en todo sentido y aumenten su valor. (Casación, LI, número 1975, julio 7 de 1941)..... 784, 2ª y ss.

H I P O T E C A

— 83 —

La hipoteca es un derecho real que afecta el dominio y puede afectar, a la postre, la plenitud de la posesión de la cosa hipotecada, sea ésta regular o irregular, ins-

crita o material. De ahí que el art. 2542 del código civil sienta el principio de que la hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea y a cualquier título que la haya adquirido. El antiguo código judicial adolecía del vacío de no haber consagrado una tramitación especial para el ejercicio de la acción real hipotecaria, adoptando para ella el procedimiento especial del juicio ejecutivo. El hecho notorio de que la ley 108 de 1928 primero y el actual código judicial (Ley 105 de 1931), después, crearan un trámite especial y sumario para el ejercicio de la acción real y declararan obligatorio acompañar a la demanda el certificado sobre propiedad de la finca hipotecada, está demostrando que si tuvo en mientes el legislador nacional variar el sistema anterior y sustituir la fórmula de demandar al deudor o al señalado bajo juramento como último poseedor material, por la de seguir la acción con el propietario de la finca hipotecada, a la fecha de la presentación de la demanda. (Casación, LI, Nros. 1973 y 1974, mayo 29 de 1941).....

HOMICIDIO

— 84 —

Reiteradamente ha dicho la Corte que cuando ni el cuestionario ni el veredicto expresan modificación alguna, el juzgador de derecho no puede, al dictar la sentencia, declarar modalidades ajenas de la respuesta categóricamente afirmativa de los jurados, so pretexto de interpretar un veredicto que por su insuperable sencillez no es susceptible de interpretación. Y en lo

Páginas

508, 2ª

que se refiere a la pretensión de ser ilegal el fallo del Tribunal por no haber aplicado el artículo 602 del Código de 1890, de preferencia al 600, cabe observar que siendo potestativo del Juez de derecho declarar que el caso de que se trata es uno "de los menos graves" dentro del delito de homicidio, el juzgador de derecho puede formar con toda libertad su juicio en ese sentido o en el contrario, sin que por ello pueda hacérsele a la sentencia el cargo de ilegalidad. (Casación, LI, número 1970, mayo 5 de 1941)

HOMICIDIO

— 85 —

En repetidas ocasiones ha dicho la Corte que cuando el veredicto coloca un homicidio en alguno de los casos a que se refiere el art. 602 del Código Penal de 1890, puede aplicarse la pena aminorada que él indica, de acuerdo con el art. 2º de ese artículo. También ha explicado la Corte que el hecho de que un homicidio voluntario aparezca revestido de las modalidades que señala alguno de los numerales del artículo 587 de ese código; no quiere decir que necesariamente deba considerarse como "de los menos graves"; y que si esta calificación la deja la ley "a juicio del juez", como dice el artículo 602, es facultativo para el juzgador de instancia aplicar o no el art. 602 en vez del 600, sin que la sentencia pueda considerarse violatoria de la ley penal por la sola consideración de que el tribunal haya estimado que no debe ejercitar esa facultad. (Casación, LI, Nos. 1973 y 1974, julio 11 de 1941).....

Páginas

101, 1ª

663, 1ª

HOMICIDIO COMETIDO POR UN INDIGENA NO CIVILIZADO

— 86 —

Al indígena no civilizado que cometió un homicidio durante la vigencia del anterior Código Penal debe aplicársele más bien, conforme al nuevo Código Penal de 1936, una medida de seguridad por el tiempo indispensable para tratar de adaptarlo a la vida social, en vez de pena aflictiva de larga y fija duración. (1) (Casación, LI, números 1971, 1972, abril 4 de 1941)

HOMICIDIO ULTRA- INTENCIONAL

— 87 —

El artículo 365 del Código Penal de 1936 no relaciona la sanción para el homicidio ultraintencional sino con el artículo 362 que señala la pena del homicidio común, cuando esa relación debía ser también respecto del artículo 663 que trata del asesinato. En la legislación penal italiana el homicidio ultraintencional se extiende al homicidio común y a sus formas agravadas. En la de Colombia tan sólo se reprime el ultraintencional con la pena del homicidio simple, reduciéndola en parte. No hay razón, se repite, para circunscribir la pena del homicidio ultraintencional al caso del artículo 362, y no referirla, asimismo, a los del artículo 363, porque no puede ser igual matar ultraintencionalmente a un extraño que al padre o madre, abuelos, descendientes, hermanos, etc. No parece ser la misma cosa ma-

(1) Es doctrina expuesta en las consideraciones de instancia por haberse de casar la sentencia recurrida.

Páginas

tar ultraintencionalmente a un sujeto, v. g., con un disparo de revólver, en riña, o sin pelea, y sin factores que compliquen el lance, que darle muerte ultraintencionalmente en cualquiera de las circunstancias de los ordinales 2º a 9º del art. 363. (Casación, LI, números 1971 y 1972, octubre 18 de 1940)... 306, 1ª y 2ª

Páginas

IGUALDAD DE LOTES EN LA PARTICION

312, 2ª

— 88 —

Véase: PARTICION. (Casación del 25 de marzo de 1941, LI, números 1971 y 1972, 153, 1ª).

IMPUESTO SOBRE LA RENTA

— 89 —

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 ocurrir 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.

Páginas

La hipótesis de un juicio ejecutivo en estas condiciones es absolutamente inadmisibles. Este juicio se iniciará, y es deber de los funcionarios investidos de jurisdicción coactiva hacerlo, en los casos en que el contribuyente 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.

Conforme al Decreto No. 1892 de 4 de agosto de 1936 el impuesto que se cobra es anual y recae sobre un determinado patrimonio. No es, por tanto, indispensable su cancelación para la incidencia del impuesto. Este recae siempre "sobre el patrimonio consistente en el saldo de la acreencia en 31 de diciembre del año gravable"; si la deuda perdurare por varios años, el impuesto se haría efectivo, no solamente por aquel en que el pago se efectuó, sino por cuantos dure la acreencia conforme al saldo correspondiente en 31 de diciembre de cada año. El texto del decreto es claro y se informa en la

Páginas

ley 78 de 1935, orgánica del impuesto, cuyo espíritu se cifra en el deseo del legislador de gravar los capitales incorporados en la economía nacional en igual forma que el producto de toda actividad lucrativa desarrollada en Colombia, haciendo caso omiso de la nacionalidad de los dueños del capital como también de la nacionalidad de quienes ejerciten en Colombia una actividad de la índole expresada en la sentencia. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LI, número 1970, febrero 5 de 1941) . . . 124, 1ª y 2ª,
125, 1ª y 2ª
y ss.

IMPUESTOS

— 90 —

La facultad del Gobierno para eximir de impuestos quedó consagrada en los Decretos Legislativos números 34 y 46 de 1905, ratificados por las leyes 17 y 15 del mismo año, así como también por la 49 de 1904. (Sentencia de la Sala de Negocios Generales, LI, número 1970, enero 30 de 1941) 119, 2ª

IMPUESTOS QUE DEBEN PAGAR LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS EXPLOTADORAS DE PETROLEOS

— 91 —

Toda sociedad que surge a la vida económica de Colombia en virtud de un acto jurídico que debe registrarse, está sujeta al gravamen de un impuesto de veinte 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, lo que rige también para las sociedades extranjeras explotadoras de petróleos que constituyen

sucursal en el país, las cuales constituyen una nueva entidad por el hecho del establecimiento de la sucursal en Colombia. Cuando estas sucursales aumentan su capital deben pagar el impuesto establecido en el numeral 11 del artículo 1º de la citada ley. Si una sociedad colombiana del tipo común está sujeta a dicho gravamen, no hay razón para que una sucursal de casa extranjera de las que trata el artículo 8º de la ley 37 de 1931 quede exenta del impuesto que grave el aumento del capital social. Si la entidad extranjera aumentó su capital social y tal acto jurídico no se verificó con mira de obtener resultados prácticos en Colombia, no se ve el motivo para que tal entidad hiciera constar en el país ese hecho por actos que deban registrarse. Si hizo constar en Colombia ese aumento de capital social, algún fin persigue tendiente a que ese aumento produzca los efectos señalados, y puesto que tal aumento queda bajo la protección del Estado colombiano, justo es que por esa modificación se paguen los impuestos correspondientes. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LI, números 1971 y 1972, febrero 10 de 1941)

403, 2ª
y 404, 1ª

**INCOMPETENCIA
DE JURISDICCION**

— 92 —

La incompetencia de jurisdicción nunca vale como excepción, porque tiene sus efectos propios en el juicio, distintos de los de la excepción. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LI, números 1973 y 1974, marzo 20 de 1941)

711, 1ª

INCONGRUENCIA

— 93 —

Cuando la sentencia es absoluta no puede haber incongruencia entre lo pedido y lo fallado, puesto que el sentenciador no se ha abstenido de decidir sobre nada de lo que ha sido materia de la controversia, ni entrado a fallar sobre lo que no lo ha sido, ni se ha excedido de lo solicitado. (Casación, LI, Nº 1975, julio 10 de 1941)

796, 1ª

**INDEMNIZACION EN CASO
DE EXPROPIACION**

— 94 —

Véase: EXPROPIACION. (La sentencia del 14 de febrero de 1941, G. J., números 1971 y 1972, 399, 1ª)

INDICIOS

— 95 —

La convicción indicial cae bajo la esfera de apreciación del fallador, de manera que no le es dado a la Corte variarla, sino en el caso de que haya errado con error de hecho evidente o con error de derecho en la apreciación de los elementos probatorios sobre que se apoyan los indicios. (Casación, LI, números 1973 y 1974, junio 11 de 1941)

559, 1ª

INDICIOS

— 96 —

El cargo en casación, consistente en que se erró de hecho y de derecho al sentenciar el pleito porque se interpretaron equivocadamente los hechos indiciarios que

Páginas

Páginas

menciona el fallo y porque dejaron de considerarse otros indicios que también habrían podido deducirse, pugna con la naturaleza jurídica del indicio y excede la facultad analítica de pruebas que corresponde a la Corte en casación. En efecto, por lo que toca a su mérito legal el criterio judicial se forma libremente dentro de las normas y principios de derecho probatorio consignados en la ley, y en relación con el error de hecho no es posible en tratándose de indicios no necesarios, puesto que tal especie de error no se concibe cuando la cuestión de hecho no ofrece duda. (Casación, LI, números 1971 y 1972, abril 24 de 1941).
(1).....

dades cooperativas para la elaboración de la sal, y el 2º del Decreto número 1377 de 17 de julio de 1940, mas no el art. 7º de aquella. (Sentencia de la Corte Plena, LI, número 1970, abril 24 de 1941)...

29, 2ª

INSPECCION OCULAR

— 99 —

Quando la inspección ocular se practica con intervención de peritos se producen en realidad dos pruebas diferentes, de mérito distinto: respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez que constituyen la inspección ocular propiamente dicha, el acta de la diligencia en que se relacionan hace plena prueba, y en cuanto a los puntos que fueron materia del examen pericial, la apreciación de su fuerza probatoria y demás circunstancias quedan sometidas a las reglas especiales sobre la prueba de peritos. (Artículo 730 del C. J.). (Casación, LI, números 1971 y 1972, abril 2 de 1941).....

212, 2ª

170, 2ª

INEXEQUIBILIDAD

— 97 —

Es inexecutable el artículo 722 del Código de Procedimiento Penal únicamente en cuanto sustrae los procesos iniciados antes del 1º de julio de 1938, fecha de su vigencia, a la aplicación de sus normas de carácter sustantivo, en los casos en que son más favorables al acusado que las reglas respectivas de la legislación anterior. (Sentencia de la Corte Plena, LI, N° 1970, mayo 13 de 1941).....

INEXEQUIBILIDAD

— 98 —

Son inexecutable el artículo 5º de la Ley 264 de 1938, sobre socie-

(1) Concordancia: la misma doctrina sostuvo la Corte en sentencia de casación que puede verse en la Gaceta Judicial, tomo 47, página 461.

INSPECCION OCULAR

— 100 —

El artículo 730 del C. J. no puede entenderse en forma de que lo que no consta en el acta de una inspección ocular se haya de entender por ello carente de comprobación, puesto que hay otros medios probatorios, y cuando con éstos se ha establecido el hecho o hechos respectivos, el sentenciador tiene que reconocerlo así, aunque estos hechos no consten en la inspección ocular o no hayan sido materia de ella. Esta prueba es distinta de las demás con que coexiste, como habitualmente sucede con el dictamen pericial que la acompaña cuando el Juez se asesora de

41, 2ª
y 42, 1ª

peritos. Esta distinción, que es obvia, la formula expresamente el mismo artículo 730. (Casación, LI, números 1973 y 1974, mayo 30 de 1941)

Páginas

Páginas

**INSTRUMENTOS
NEGOCIABLES**

— 101 —

Para que un tenedor de un instrumento negociable lo sea en debida forma, se requieren cuatro condiciones: 1ª que el instrumento sea completo y regular en su forma exterior; 2ª que se adquiera antes de haber pasado la fecha del vencimiento sin noticia de que haya sido previamente rechazado; 3ª que lo tome de buena fe y por un valor; 4ª que al tiempo de negociarlo no tenga noticia de ningún vicio en el instrumento o en el título de la persona que lo negoció.

De acuerdo con el artículo 26 de la ley 46 de 1923 se presume que todo instrumento negociable ha sido expedido en consideración a un valor, y por valor entiende la ley cualquier causa suficiente para la validez de un contrato. (Artículo 27). (Casación, LI, números 1973 y 1974, junio 17 de 1941)

INTENCION CRIMINOSA

— 102 —

En la compleja estructura de toda trasgresión intencionada de la ley penal, el primer estado o aspecto lo forman el pensamiento o concepción y la resolución, fenómenos internos que únicamente denotan la tendencia de la persona humana a ejecutar el delito y que, por sí solos, se hallan fuera de las funciones del derecho, pues,

521, 2ª como no afectan la seguridad colectiva, carecen de la virtud que se requiere para que la defensa social entre en su propio ejercicio de reprimir o sancionar. Y aun cuando de esos fenómenos y tendencias se imponga el poder público, también queda excluida la punibilidad, excepto en los casos sui generis de concierto y de asociación y propuestas para delinquir, y apenas habría campo para que interviniese el organismo encargado de la prevención de los delitos.

Si la mera intención es algo que no daña y que no alcanza a constituir una peligrosidad predelictual, tampoco la intención adelantada hasta la tentativa, la frustración y la consumación es por lo común norma fija para indicar en qué territorio se cometió el hecho criminoso, pues no siempre coinciden el lugar donde se forma el propósito de violar la ley y aquel donde la violación ocurre. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, LI, No. 1970, mayo 5 de 1941) . . .

INTERESES EN LOS JUICIOS

— 103 —

577, 1ª Para que haya el interés de que y 578, 2ª habla el artículo 233 del C. J. debe atenderse a las normas procedimentales de la cosa juzgada en relación con las personas que puedan resultar favorecidas o perjudicadas con el fallo. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LI, números 1973 y 1974, marzo 29 de 1941)

INTERESES

— 104 —

Siendo los intereses perjuicios causados por la mora en pagar su-

104, 1ª

749, 2ª

mas de dinero determinadas (art. 1617, C. C.), no es legal, en tesis general, cargar intereses sobre lo que se calcula por daño emergente y lucro cesante, noción amplia de la indemnización que representa o debe representar todos los daños por pérdidas sufridas y por ganancias futuras. (Auto, Sala de Negocios Generales, LI, números 1973 y 1974, marzo 17 de 1941).....

INTERPRETACION DE LOS HECHOS Y DE LA DEMANDA

— 105 —

La Corte ha sostenido siempre que los Tribunales tienen libertad para apreciar los hechos e interpretar los contratos, de tal suerte que aquella sólo puede variar la sentencia en el evento de que ésta contenga errores de hecho o de derecho. (Casación, LI, Nos. 1971 y 1972, abril 25 de 1941).....

J

JURADO

— 106 —

En la formación de un Jurado se introduce un factor de ilegalidad, acerca de las personas que deben constituirlo, cuando en su composición no tienen las partes oportunidad de recusarlo, debido a su formación parcial. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, LI, número 1970, marzo 31 de 1941).

JURADOS

— 107 —

La ley no prescribe cuáles o cuántas pruebas son suficientes

Páginas

Páginas

para formar el convencimiento de los jueces de conciencia; ni les traza criterios directivos para apreciar la credibilidad o la eficacia intrínseca de aquéllas. No están sujetos a tarifa legal de pruebas. Pero se entiende que la amplia libertad de apreciación de que disfrutaban se refiere a las pruebas creadas en el proceso y nada más

que a éstas. “Los jurados no deben perder de vista —dice el conocido precepto sobre la materia— que todo su examen no puede versar sino sobre el hecho o hechos en que se haya fundado la acusación”. Y antes dice que lo que deben investigar en la sinceridad de su conciencia es qué impresión han dejado en ella “las pruebas creadas contra el acusado y las producidas en defensa de éste”. (Art. 304, ley 57 de 1887). Advierte también la ley que ella no pide cuenta a los jurados de los

medios por los cuales llegan a adquirir el convencimiento. Mas esta prerrogativa tiene también un sentido relativo, armónico con los demás preceptos que definen el campo de acción de los jurados. Estos no tienen que explicar cómo, por qué o de qué modo los elementos de información sometidos al examen de su conciencia determinaron la convicción manifestada en el veredicto. Este no es motivado expresamente, a diferencia del fallo que pronuncia el juez de derecho al aplicar la ley penal, y por eso se dice que los jueces de conciencia fallan verdad sabida y

buena fe guardada, lo que no significa que puedan formar su convencimiento en virtud de elementos o medios de información distintos de los que integran el proceso, teniendo por tales las pruebas de cargo y descargo producidas en el sumario, en el plenario

de la causa y en el acto de la audiencia.

Conviene, pues, recordar el sentido de tales preceptos y explicar, inclusive, que la falta de motivación expresa del veredicto está compensada por la fiscalización que la sociedad ejerce sobre el Jurado, ya por medio del público que asiste a las audiencias, ya por medio del juez que dicta la sentencia, a quien la ley impone el deber de declarar injustas las resoluciones del Jurado, si a su juicio fueren contrarias a la evidencia de los hechos probados en el proceso. Y habrá casos en que, a falta de otra sanción, subsistirá la reprobación social contra un veredicto evidentemente contrario a la justicia, si el juez o el tribunal, debiendo declararlo así, no lo hicieren, y si no hubiere contra él otro medio legal de impugnación. De suerte que el llamado arbitrio del Jurado se limita a la apreciación de las pruebas que el proceso suministra y está también condicionado por la conformidad que, a juicio del juez, guarde el veredicto con la realidad de los hechos probados. (Casación, LI, números 1973 y 1974, julio 12 de 1941)

JURADOS

— 108 —

La participación de los jurados en la administración de justicia es ocasional y transitoria, y no están incluidos en la jerarquía llamada por la Constitución "Órgano Judicial". (Casación, LI, número 1975, octubre 8 de 1941)

JURADOS

— 109 —

El primer inciso del artículo 511 del Código de Procedimiento Penal

Páginas

Páginas

fija el plazo de cinco días siguientes al sorteo para que las partes puedan recusar a los jurados legalmente impedidos y también para que el juez decreta de oficio el reemplazo de los jurados que estén impedidos legalmente.

El artículo 493 de ese Código tiene que entenderse en el sentido de que el miembro del jurado a quien se considere impedido haya desempeñado el oficio de juez, fiscal o apoderado del procesado o de la parte civil en el mismo juicio, porque entonces hay un fundado temor de que se sienta ligado por la tesis u opinión sostenida en el caso concreto de que se trata y carezca, por ello, de la tranquila libertad que se requiere para preferir una decisión. (Casación, LI, números 1973 y 1974, septiembre 24 de 1941)

695, 2ª

JURISDICCION

— 110 —

La jurisdicción es un fenómeno íntimamente vinculado al poder soberano del Estado, que desea repartir convenientemente la facultad de administrar justicia entre los diversos funcionarios y organismos del Órgano Judicial, teniendo en cuenta el factor territorial y las jerarquías que es necesario establecer en el ejercicio de una función tan sustantiva y trascendental como ésta. Las normas sobre jurisdicción son de orden público y de imperioso cumplimiento para el éxito del debate judicial; de ahí que originen un presupuesto judicial que debe estudiar el juzgador previamente, para decidirse sobre él, ya oficiosamente, ya en virtud de petición de parte interesada, antes de entrar a fallar el litigio. (Casación, LI, números 1973 y 1974, junio 18 de 1941) 586, 1ª y 2ª

671, 2ª

873, 2ª

**JURISDICCION CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVA**

— 111 —

El artículo 1º de la ley 130 de 1913 establece la jurisdicción contencioso-administrativa para la revisión de los actos de empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, es decir, cuando en aquellos actos se desarrolla un exceso o ampliación irregular de poder o una desviación del mismo; el artículo 4º de la ley 80 de 1935 extiende la jurisdicción al restablecimiento del derecho violado. Y al determinar el artículo 93 de la ley 130 de 1913 que las sentencias del órgano contencioso-administrativo, una vez ejecutoriadas, no son revisables por la justicia ordinaria, consagra su independencia. No es la jurisdicción contencioso-administrativa una jurisdicción de excepción; tampoco representa una desmembración de la ordinaria; es un poder autónomo, fruto de una evolución histórica, mediante el cual se impone a la administración el respeto del derecho. Aun cuando el derecho vulnerado sea estrictamente civil, como el que tiene el dueño del terreno que ha sido víctima de una expropiación de hecho, de la demanda para su indemnización conoce la jurisdicción administrativa.

El recurso establecido o perfeccionado por la ley 80 de 1935 no es el de anulación común, por exceso de poder, de los actos administrativos, sino el contencioso de plena jurisdicción. Al lado de la anulación erga omnes de los actos administrativos del poder público puede intentarse y obtenerse su anulación en jurisdicción plena, para que se restablezca también en forma completa el derecho des-

Páginas

conocido o afectado. Y siendo esto así es aceptable el concepto de que "por el contencioso de plena jurisdicción se parecen los tribunales administrativos a los civiles, pues actúan como jueces de hecho y de derecho, deciden sobre el fondo de un proceso, declaran derechos, constatan lo que se debe, condenan a restitución o a pago", todo lo cual corresponde al contencioso de plena jurisdicción en Colombia. En cuanto al recurso paralelo del exceso de poder debe observarse que la evolución del derecho administrativo ha producido en algunos casos, como ocurre en Colombia, organizaciones jurisdiccionales en que no es necesario considerar si existe o no un recurso paralelo al de exceso de poder, ni las consecuencias que de ello se deriven, porque los poderes de plena jurisdicción envuelven la potestad jurisdiccional bastante para que cuando de ella se haga uso los fallos que se profieran pongan término de modo definitivo a la controversia que suscitó el acto de la administración vulneratorio de derechos privados.

Las decisiones de la jurisdicción contencioso-administrativa, son obligatorias y no están sujetas a revisión por parte de la justicia ordinaria. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LI, número 1975, abril 25 de 1941).....

Páginas

907, 1ª
y 2ª y ss.

L
**LEY ACUSADA No. 94 DE 1938
EN SU ARTICULO 722 DEL
CODIGO DE PROCEDIMIENTO
PENAL**

— 112 —

Las garantías esenciales del in-

dividuo, ante el proceso penal, están resumidas en el artículo 22 de la Constitución, que reconoce, en primer lugar, el derecho, igual para todos, de ser juzgados por las leyes vigentes al tiempo de la comisión del hecho imputado, es decir, que la potestad penal está regida por el principio de la irretroactividad de la ley, el cual se impone al Estado, lo mismo en el momento de formular el derecho, que al aplicarlo en cada caso concreto. El legislador no puede, por tanto, dictar leyes cuya acción represiva se dirija a sancionar hechos cometidos bajo el imperio de la ley antigua. Esta es doctrina universalmente acogida respecto a las leyes que forman el derecho penal sustantivo. Pero esto no quiere decir que en el ordenamiento de los medios de aplicación de la ley penal, esto es, en el campo del procedimiento, no existan limitaciones constitucionales. El individuo—dice el texto comentado—no puede ser juzgado sino “ante tribunal competente”. Atendiendo a la naturaleza intrínseca de los derechos que garantiza el artículo 22 de la Carta, es de rigor admitir que el constituyente se refirió aquí a la jurisdicción en sí misma, a la competencia para juzgar el hecho imputado, y ésta, en un régimen de legalidad estricta, debe estar ligada al tiempo de la comisión del hecho materia del proceso. En otros términos: puesto que la norma en cada una de sus partes establece las diferentes condiciones del juicio, innocua vendría a ser la que declara que el individuo debe ser juzgado “ante tribunal competente” si no se tradujera en límite impuesto a las leyes nuevas que regulan la jurisdicción.

La Constitución actual, más objetiva que declarativa, no contiene

Págs.

todos los postulados que proclaman los fueros de la persona humana; pero ellos son el substrato de sus sobrias fórmulas y sirven para explicar su sentido. Ciertamente, como lo dice el artículo 45 de la ley 153 de 1887, las leyes que establecen los tribunales son de aplicación inmediata, pero ello no implica que el legislador colombiano pueda crear los llamados tribunales extraordinarios, al menos en tiempo de paz, ni jurisdicciones especiales distintas de las que autoriza la Constitución, ni dictar leyes retroactivas tendientes a sustraer al individuo, en perjuicio de sus derechos, de la jurisdicción existente al tiempo en que el hecho se cometió. Una cosa es la función y otra los órganos que la realizan. Estos, por razones de orden práctico que no hace falta exponer aquí, pueden ser creados, ampliados o complementados por el legislador, se entiende que dentro del orden regular de las jurisdicciones y atemperando el radio de sus atribuciones a los principios generales que rigen en el tiempo por la aplicación de las leyes.

Dice el inciso 2º del artículo 22 de la Constitución “En materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”. Dadas las profundas vinculaciones entre el derecho penal sustantivo y el derecho penal procesal, no es arbitrario suponer que el constituyente empleó aquí la locución ‘en materia criminal’ en su amplio sentido, dándole a la regla la flexibilidad necesaria para la solución de los problemas complejos a que da lugar el cambio de leyes que, sin ser penales, de su aplicación adecuada puede depender la imposición de la pena o su atenuación”.

Páginas

Páginas

No es exactamente lo mismo decir "ley penal permisiva o favorable" que "ley permisiva o favorable en materia criminal". El primer concepto es de suyo limitado. En el segundo cabeñ, sin impropiedad, tanto las leyes estrictamente penales, que definen los delitos y establecen las penas, como las que reglamentan la jurisdicción y el procedimiento en materia penal o criminal.

El artículo 722 del Código de Procedimiento Penal, en su parte acusada, ha creado una situación por varios aspectos violatoria de la norma consagrada en el inciso segundo del artículo 22 de la Carta, y desde luego opuesta al principio de igualdad, en cuya virtud todas las personas tienen derecho a ser juzgadas con arreglo a unas mismas leyes. La igualdad ante la ley es, en los regímenes democráticos, un postulado jurídico anterior al derecho constituido que, como el de las formas esenciales del juicio, el legislador no puede desconocer sin quebrantar por su base el sistema de garantías constitucionales.

Termina la Corte declarando inexecutable el aludido artículo 722 del Código de Procedimiento Penal, "únicamente en cuanto sustrae los procesos iniciados antes del 1º de julio de 1938, fecha de su vigencia, a la aplicación de sus normas de carácter sustantivo, en los casos en que son más favorables al acusado que las reglas respectivas de la legislación anterior. (Sentencia de la Corte Plena, LI, número 1970, mayo 13 de 1941) ..

33, 1ª
y 2 y ss.

Páginas

**LEY ACUSADA N° 264 DE 1938,
SOBRE SOCIEDADES COOPE-
RATIVAS PARA LA ELABORA-
CION DE LA SAL**

— 113 —

Aunque las salinas sean bienes fiscales la Nación no puede obrar, respecto de la elaboración, como persona de derecho privado, con libertad omnimoda, porque la función de la elaboración la atribuyó la ley a los particulares, recortando así la libertad de la Nación. Si la elaboración de la sal pertenece a los particulares, el Gobierno no puede hacer a los unos de mejor condición que a los otros y no puede obligarlos a formar entre ellos o con la Nación cooperativas para la elaboración de sales. Obligar a los particulares a formar cooperativas, impelidos por los privilegios, gracias o ventajas que otorgue el Gobierno a los que se asocien con tal fin, es atentar contra la libertad de industria, es violar el precepto constitucional del artículo 40 que dice que el trabajo gozará de especial protección del Estado, y no es proteger el trabajo el hecho de señalar precios distintos a los que elaboran sal. Por tanto, si el Gobierno fija distintos precios al agua salada, menor para los que pertenezcan a la cooperativa, crea un privilegio en favor de éstos y en contra de los intereses de los que no pertenezcan a la cooperativa, procedimiento prohibido por el art. 27 de la Codificación Constitucional.

Son, pues, inexecutable el art. 5º de la ley acusada y el 2º del decreto acusado también, mas no el artículo 7º de aquella. (Sentencia de la Corte Plena, LI, número 1970, abril 24 de 1941)..... 28, 1ª y 2ª

LEY PENAL

— 114

Una cosa es aclarar, por los medios de interpretación, las palabras de la ley que se consideran oscuras o dudosas, o tratar del mismo modo de colmar un vacío que realmente existe en la ley, y otra muy distinta es explicar la ley, dentro de sus propios términos, a fin de establecer si existe o no relación entre la norma y el hecho que se presume contrario a ella. La ley penal es ciertamente de aplicación restrictiva, pero esto no quiere decir que sus normas no puedan y deban ser explicadas para justificar las conclusiones del juez. Tampoco podría admitirse, sin incurrir en una confusión de ideas, que la incidencia desfavorable al caso controvertido, que pueda resultar de aquella explicación, cohiba al juez para hacerla. (Auto, Sala de Casación Penal, junio 28 de 1941)

LICENCIA JUDICIAL PARA HIPOTECAR

— 115 —

La licencia judicial para hipotecar no es título, ni constitutivo, ni traslativo de dominio. Esa licencia sólo prueba que los cónyuges que la solicitaron creyeron que esa finca raíz pertenecía exclusivamente a la mujer, en el caso a que aludieron los autos, y era de aquellas que el marido estaba obligado a restituir en especie; si el Juez incidió en el mismo error de los cónyuges peticionarios, él no creó título traslativo de dominio sobre la cosa hipotecada. De suerte que el sentenciador no tenía por qué apreciar esa licencia como título de propiedad, pues no lo era, para

Páginas

Páginas

decidir si ella pertenecía al marido o a la mujer o a ambos o a la sociedad conyugal. (Casación, LI, números 1971 y 1972, marzo 27 de 1941) 158, 1ª y 2ª

M

MANDATO

— 116 —

Todo negocio u operación de carácter patrimonial puede ser objeto de mandato, con tal que no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres; pero es natural que el negocio tenga como materia alguna transacción, operación o gestión en general de naturaleza civil o comercial, porque los negocios propios del mandato son ordinariamente actos jurídicos como, verbi gracia, contratos, cancelaciones, cobranzas, administración de un patrimonio, representaciones activas y pasivas en juicio y otras de similar o parecida índole, actos que el mandatario ejecuta a nombre y por cuenta y riesgo del mandante.

844, 2ª

La recta ejecución del mandato comprende no sólo la sustancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a efecto (artículo 2160, C. C.) También responde personalmente el mandatario a los terceros de los actos delictuosos que cometa con ocasión del desempeño del mandato. (Casación, LI, Nos. 1971 y 1972, abril 17 de 1941) 197, 2ª

MEDIDAS DE SEGURIDAD

— 117 —

No basta un simple concepto mé.

dico, no juramentado, para sacar al reo del sistema normal de las penas y colocarlo en el especial de medidas de seguridad; para esto sería necesario que en el juicio obrara una prueba legal y científicamente suficiente de que al tiempo de cometer el hecho se hallaba el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia, o que padecía de grave anomalía psíquica. (Artículo 29 del Código Penal). (Casación, LI, Nos. 1973 y 1974, septiembre 24 de 1941)

**MEDIDAS DE SEGURIDAD
PARA DELINCUENTES
ANORMALES**

— 118 —

El artículo 29 del Código Penal de 1890 sólo contempló los dos extremos: la demencia absoluta o anulación total de la razón y la normalidad mental. Los estados anormales intermedios no fueron previstos en él y, por lo tanto, no es posible a un Tribunal de derecho, como la Corte, amparar con la eximente de locura a quien los médicos solamente consideran como un débil mental.

En los casos de delitos cometidos antes del 1º de julio de 1938 por anormales no excusables, se impone la comparación de los dos sistemas penales a fin de aplicar, de acuerdo con el principio constitucional de favorabilidad, las medidas previstas en el capítulo 2º, título 2º, libro 1º del estatuto de 1936, en lugar de las penas aflictivas establecidas en el código de 1890. (Sentencia, Sala de Casación Penal, LI, Nos. 1971 y 1972, junio 20 de 1941)

Páginas

**MEJORAS EN INMUEBLES
HIPOTECADOS**

— 119 —

Véase: HIPOTECA.

M I N A S

— 120 —

Ningún precepto del Código de Minas exige que se demuestre en juicio la personería sustantiva del opositor a un denunciado, y menos cuando en virtud de orden judicial deba asumir el papel de demandado. Los Arts. 397 del C. de M. y 16 de la ley 292 de 1875 se refieren a la personería adjetiva de quien se presente a hacer la oposición, sin ser el directamente interesado, como se evidencia con la simple lectura de esos textos legales.

Las disposiciones del Código de Minas no deben interpretarse aisladamente; sus textos deben ser interpretados en forma tal que nunca pueda estimarse que el engranaje de sus principios jurídicos, a veces aparentemente contradictorios, tiendan a sacrificar sin causa fundamental el derecho patrimonial del minero, ni a una paralización de ese ramo tan importante de la riqueza nacional.

En el rigor de la teoría bien puede sostenerse que son distintas las oposiciones que puede hacer quien se sienta afectado en cualquier medida por el denunciado de una mina, según que el opositor alegue las diversas condiciones ó categorías de anterior avisante, denunciante o restaurador, de titular y poseedor regular, de colusión simultánea de denuncios por el simple colindante del terreno minero que se denuncia. En armonía con esa tesis es

697, 1º

360, 1º

Páginas

indudable que el artículo 59 del C. de M. consagra una regla general de oposición a la cual deben acogerse los que tengan un derecho anterior, para protegerlo en aquellos casos en que el nuevo denunciante tienda a obtener la apropiación del mismo territorio minero, por abarcarlo en todo o parte dentro de las direcciones anotadas y previamente señaladas. Las otras normas, que igualmente consagran la facultad de oponerse a la posesión de una mina denunciada, revisten carácter especial y están destinadas a resolver y regular ciertos casos típicos de oposición, según que el opositor tenga la condición de anterior avisante o descubridor, para casos de colisión simultánea de denuncios o para el caso ya más singularizado de simple colindante. En este último evento, y si en realidad se contempla una situación bien definida de colindancia, es indudable que la oportunidad para hacer la oposición y el trámite especial y pertinente, vienen a ser los determinados en el art. 65 del Código de Minas. (Casación, LI, números 1971 y 1972, abril 2 de 1941) 180, 2º y siguientes.

M I N A S

— 121 —

El artículo 434 del Código de Minas se explica por la circunstancia de que cuando se extinguió ese código aún no se hallaba establecida en Colombia la jurisdicción administrativa. Creada ésta para conocer privativamente de ciertas lesiones del derecho individual, por el mismo hecho se reformaron, si no expresa, si implícitamente, las reglas anteriores sobre competencia. (Sentencia, Sala de Negocios

Páginas Generales, LI, N° 1975, abril 25 de 1941) 911, 2º

M I N A S

— 122 —

De lo dispuesto en los artículos 8º, 33 y 55 del Código de Minas se deduce que el denunciante de una mina debe precisar o determinar el punto en que esté situada. Y del 26 del mismo Código se infiere que el derecho a hacer alteraciones en los linderos de una mina tiene dos limitaciones: que no haya minas inmediatas, tituladas o denunciadas, y que las alteraciones no vayan hasta situar la mina en un paraje o localidad totalmente distintos de los indicados en el denuncia. (Casación, LI, Nos. 1973 y 1974, junio 5 de 1941) 545, 1º

M I N A S

— 123 —

En tratándose de pleitos sobre la posesión y propiedad de una mina en laboreo actual, aunque la Nación sea la parte demandada, si es procedente la solicitud de nombramiento de un interventor hecho por la parte que no tenga a su cargo el laboreo de la mina, de conformidad con el art. 226 del C. de Minas. El artículo 224 de esta obra no puede interpretarse en la forma restrictiva de que el des-acuerdo de que allí se alude sólo puede registrarse entre particulares. Ninguna razón legal ni de justicia habría para ello. Cuando la ley ha querido sacar a la Nación del plano de igualdad jurídica en que deben estar colocadas las partes contendientes, lo dice expresamente. Para que prospere la soli-

Páginas

Páginas

cidad del nombramiento de interventor en casos como el de autos, basta que el solicitante establezca, en la articulación correspondiente, quién es la persona que tiene el laboreo de la mina materia del juicio.

que ella produzca, mediante el lleno de ciertas formalidades cuando se ha nombrado interventor. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LI, números 1973 y 1974, marzo 15 de 1941)

699, 2ª
y ss.

En ninguna parte del Código de Minas está autorizado el nombramiento de depositario de minas. Hay, por el contrario, en ese Código, disposiciones de las cuales se deduce rectamente que el poseedor o el laborante de la mina sí puede disponer de los productos de ésta, mediante el requisito de que sean pesados por el interventor en presencia del poseedor y dos testigos hábiles (artículo 234, numeral 5º) Y el artículo 240 permite al poseedor o elaborante de la mina disponer libremente de los productos luégo que el interventor tome razón de ellos en los términos del inciso 5º del artículo 234. No existiendo ningún mandato expreso que autorice el depósito de minas, debe imperar la norma general de procedimiento, en virtud de la cual el demandado conserva la posesión o la tenencia de la cosa materia de la demanda, mientras no sea vencido en juicio, o mientras no ocurra ninguna de las circunstancias que según la legislación procesal ordinaria pueden dar lugar al depósito.

Los efectos de la inscripción de la demanda ordinaria sobre entrega de una mina no pueden ir hasta vedar al poseedor de la cosa que se aproveche de los frutos civiles o naturales de la misma. Así, el poseedor de la cosa en pleito seguirá, mientras éste dure, percibiendo los frutos civiles de dicha cosa. Al poseedor de la mina en litigio también le asistirá derecho para percibir los frutos naturales

MULTAS

— 124 —

El artículo 51 del Código Penal de 1936 implica lógicamente que cuando la multa no se haya impuesto como pena principal y única, sino accesoria, no es convertible en arresto. Y hay que concluir, dada la armonía que necesariamente ha de existir entre los arts. 696 y 697 del Código de Procedimiento Penal y el 51 del Código Penal citado, que el artículo 697 de la ley procedimental se refiere únicamente al caso contemplado por el artículo 51 del Código Penal de 1936. No sobra observar que la razón que tuvo el legislador al poner tal ordenamiento fue la de evitar que, en el caso de que se impusiera la sanción pecuniaria como accesoria de otra que entrañara privación de la libertad, de ello resultaría la aplicación a un mismo tiempo de dos penas privativas de la libertad, es a saber: la impuesta en la sentencia y la de arresto en que se convertiría la sanción pecuniaria al no ser satisfecha. De ahí que sólo se permita la conversión de la sanción pecuniaria en arresto cuando aquella es "principal y única". Esto es lo científico y conveniente. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LI, números 1973 y 1974, marzo 20 de 1941) 710. 1ª y 2ª

N

NULIDAD

— 125 —

En repetidas ocasiones ha dicho la Corte que sólo la parte que no ha sido citada o emplazada legalmente puede alegar en casación la causal de nulidad a que alude el artículo 450 del Código Judicial, porque es la única que tiene el derecho o el interés jurídico necesario para hacerlo. Esa parte puede también, conforme al artículo 457 ibidem, pedir, por la vía ordinaria, que se declare la nulidad del juicio u oponer la causal como excepción cuando se trata de ejecutar la sentencia.

El hecho de dictar en sala unitaria la providencia por medio de la cual se confirma la del juez a quo que decide las objeciones formuladas a la partición, en vez de hacerlo en sala de decisión, no entraña incompetencia de jurisdicción en el juicio, a la luz de lo dispuesto en los artículos 143 y siguientes del Código Judicial, pues no puede decirse que conozca del juicio una autoridad judicial a quien no le esté atribuido legalmente. (Casación, LI, Nos. 1971 y 1972, mayo 2 de 1941)

NULIDAD ABSOLUTA

— 126 —

La nulidad absoluta, judicialmente pronunciada, no constituye título de dominio, ya que tal fenómeno sólo tiene por objeto destruir y hacer desaparecer del todo una relación jurídica contractual que nació viciada por crecer de

Págs.

requisitos o formalidades esenciales. El título de dominio tiene que existir antes de la declaración de nulidad, a favor del que se considere dueño, ya que la nulidad judicial sólo se limita a dejar sin valor alguno el acto afectado de tal vicio y a restituir las cosas al estado anterior. (Casación, LI, número 1975, julio 18 de 1941)

Págs.

822, 1ª

NULIDAD DE LO ACTUADO

— 127 —

Tratándose de sentencia condenatoria de varios reos y siendo común a todos el hecho que origina la nulidad, la reposición de lo actuado se extiende a los no recurrentes. Ningún principio de derecho procesal se opone al beneficio que éstos reciben como consecuencia de la declaración de nulidad. (Casación, LI, Nos. 1973 y 1974, septiembre 9 de 1941)

657, 2ª

NULIDADES EN EL PROCESO PENAL

— 128 —

Si fuera de los casos previstos en los artículos 264 y 265 de la Ley 57 de 1887 "no puede ordenarse la reposición del proceso, cuando es que sean las omisiones o las irregularidades que en él se noten" (artículo 266, ibidem), también es indispensable entender cada uno de esos casos conforme a la letra de su texto que está revelando el sentido claro, exacto y propio de las nulidades, todas ajenas de interpretación en busca indebida de un espíritu extensivo y de analogía que quiso descartar el legislador. No se pecaría por exceso con repetir a menudo que la intelección

de las causas de nulidad es rigoro-
samente restrictiva, tanto en el
conjunto que la ley enumeró cuan-
to en la sustancia que en ellas se
contiene, para cerrarles el paso a
las prodigalidades impertinentes.
(Casación, LI, número 1975, octu-
bre 8 de 1941)

**NULIDAD EN LOS JUICIOS
CRIMINALES**

— 129 —

Tratándose de sentencia condena-
toria de varios reos y siendo co-
mún a todos el hecho que origina
la nulidad, la reposición de lo ac-
tuado se extiende a los no recu-
rrentes. Ningún principio de de-
recho procesal se opone al benefi-
cio que éstos reciben como conse-
cuencia de la declaración de nuli-
dad.

No sería lógico, ni conforme con
el principio de igualdad ante la
ley, y por lo mismo repugnaría a
un sentimiento general de justicia,
que un juicio que es nulo y sin nin-
gún valor se considere como tal
para uno de los reos y permanez-
ca válido, con todas sus consecuen-
cias jurídicas, para el codelincuente,
tratándose del mismo delito,
realizado, según los autos, en con-
curso recíproco y sin mediar nin-
gún hecho o circunstancia diferen-
cial que sustraiga a uno de los acu-
sados de la imputación común.
(Casación, LI, números 1973 y
1974, julio 4 de 1941)

**NULIDAD DEL PROCESO POR
HABERSE CELEBRADO LA AU-
DIENCIA SIN QUE EL REO ES-
TUVIERA ASISTIDO POR SU
DEFENSOR**

— 130 —

La sentencia que condena a un

Págs.

877, 1ª
y 2ª

reo indefenso por ser incapaz, de
defenderse él mismo y por caren-
cia de abogado que le asista, es
violatoria no sólo de la ley proce-
dimental común sino, además, de
la garantía constitucional. La Car-
ta no es simple norma doctrinaria
sino también eficaz seguridad de
los derechos fundamentales. En
tal caso el juicio es nulo y lo ac-
tuado debe reponerse. (Casación,
LI, números 1971 y 1972, mayo 7
de 1941)

Págs.

315, 2ª
y 316, 1ª

**NULIDAD EN MATERIA
PENAL**

— 131 —

Si se indaga por el fundamento
de la nulidad procesal originada en
equivocación relativa a la época y
lugar en que se cometió el delito o
al nombre o apellido de la persona
responsable o del ofendido, es ne-
cesario reconocer que el legislador
estableció esos motivos de nulidad,
no con el necio propósito de crear
recursos o asideros para hacer po-
sible la repetición de los procesos,
sino buscando el fin de identificar
el delito y de evitar la injusta con-
denación de un inocente a quien
las autoridades hayan podido con-
fundir con el verdadero responsa-
ble a causa de una simple simili-
tud de nombres o apellidos. La
causal de nulidad relativa a equi-
vocación en el nombre o apellido
del procesado sólo es aplicable en
la hipótesis de que una fatal ho-
monimia haya puesto en manos de
la justicia a persona inocente pero
que lleva el nombre del que sí de-
linquió. Si lo que se persigue con
las alegaciones sobre identidad del
nombre es impugnar no ésta sino
la identidad del matador, o sea, de-

649, 1ª

mostrar que no hay pruebas para condenar al sindicato, la cuestión es diferente, relativa más bien a injusticia del veredicto, y materia de una cuasal distinta. (Casación, LI, números 1973 y 1974, agosto 11 de 1941).....

**NULIDAD POR IMPEDIMENTO
INALLANABLE NO
DECLARADO**

— 132 —

El motivo de impedimento previsto en el numeral 3º del artículo 435 del C. J. no podría interpretarse en sentido restringido, pretendiendo que allí sólo se contempla el interés económico o patrimonial, pues los intereses de orden moral o afectivo suelen perturbar con tanta o mayor eficacia que aquél los dictados de la razón y por eso puede decirse que unos y otros constituyen la raíz del sistema legal de impedimentos y recusaciones. En este caso la omisión del deber de declararse impedido, separándose por el mismo hecho del conocimiento del asunto, no puede tener el efecto de sanear el impedimento y de legitimar la actuación.

En la valoración de las formas procesales debe prevalecer el contenido, la sustancia de ellas, o sea, la razón de ser de su establecimiento. Tratándose de impedimento inallanable, la parte a quien interesa la separación del juez no puede prorrogarle jurisdicción, sencillamente porque aquél, por su propia virtud, inhibe al juez para actuar. La manifestación espontánea del juez de que existe el impedimento o la recusación oportuna no son otra cosa que medios instituidos por la ley para separarlo normalmente del conocimiento y

Págs.

681, 2º

evitar así posibles perjuicios a la justicia. Si es de claridad meridiana que la actuación sería nula en la hipótesis de que el juez siguiera conociendo después de haber manifestado el impedimento inallanable o de haber sido recusado, es lógico reconocer que el mismo efecto se produce cuando, mediando impedimento de tal clase, el juez se abstiene de manifestarlo o no es recusado, pues la causa que lo inhibe para conocer del asunto no es ni la recusación ni la manifestación que él haga del motivo de impedimento. Así, por ejemplo, la ley no permite al padre ser el juzgador de su hijo. Si el juez, en este caso, calla el vínculo de consanguinidad y las partes, por ignorarlo, no lo recusan, sería anti-jurídico sostener que ese juicio es legítimo y que la Corte no puede anularlo en casación porque el parentesco se descubrió posteriormente a la sentencia acusada y no dentro de los términos de la recusación. La responsabilidad penal que pudiera deducirse al funcionario impedido no vendría a solucionar el problema creado por haber sido juzgado el reo por quien no podía ser su juez. (Casación, LI, números 1973 y 1974, septiembre 9 de 1941).....

Págs.

656, 1ª y 2ª,
y 657, 1ª



OBJECIONES A LA PARTICION

— 133 —

Ha dicho la Corte invariablemente que en casación no se pueden formular objeciones distintas de las hechas al primitivo trabajo de partición. (Casación, LI, números 1971 y 1972, marzo 25 de 1941)

154, 1ª

ORO COLOMBIANO ACUÑADO

— 134 —

Véase: Obligaciones en oro colombiano acuñado. (La sentencia de casación del 29 de abril de 1941, números 1971 y 1972 de la *Gaceta Judicial*, págs. 231 y siguientes).

OBLIGACIONES EN ORO
COLOMBIANO ACUÑADO

— 135 —

Las obligaciones contraídas en oro colombiano acuñado se solventan a la par con billetes representativos de oro o billetes del Banco de la República. La norma del inciso 2º del artículo 2º de la ley 46 de 1933 constituye una regla clara, invariable y precisa, que adaptándose a las instituciones fundamentales del Estado, determina el modo como se solucionan las obligaciones contraídas en oro colombiano acuñado. Esta solución no es otra sino la de su pago en billetes colombianos representativos de oro o en billetes del Banco de la República. El tenor literal claro y preciso de tal norma no admite otra interpretación, que se conforma además con el espíritu del legislador, el espíritu jurídico en que se inspiran las leyes sobre deudas. Esa norma es, además, general, no admite excepción alguna y se aplica, bien sean los acreedores personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. Sobre el particular no hay ninguna excepción. (Casación, LI, números 1971 y 1972, abril 29 de 1941) (1)

(1) Concordancia: la sentencia de la Corte Plena de fecha 25 de febrero de 1937 (Tomo XLIV, números 1920 y 1921 de la *Gaceta Judicial*, páginas 617 y siguientes).

Págs.

OPOSICION A PROPUESTAS
SOBRE EXPLORACION Y
EXPLORACION DE
PETROLEOS

— 136 —

Véase: PETROLEOS. (La sentencia de la Sala de Negocios Generales del 13 de febrero de 1941, G. J. números 1971 y 1972, página 371 y siguientes).

OPOSICION EN JUICIOS
DE MINAS

— 137 —

Véase: MINAS. (Casación del 2 de abril de 1941, números 1971 y 1972 de la *Gaceta Judicial*, página 180, 2ª y siguientes).

P

P A G O

— 138 —

No es admisible conceptuar que carece de causa el pago hecho por un deudor que formula su demanda sin discutir en manera alguna que en realidad debía y que reclama tan sólo porque lo hizo a quien no era el verdadero acreedor. (Artículo 1634, C. C.). (Casación, LI, número 1975, julio 17 de 1941)...

792, 2ª

PAGO EN MONEDAS
EXTRANJERAS

— 139 —

El artículo 3º de la ley 167 de 1938, al igual del 2º de la ley 46 de 1938, tiene aplicación cuando se trata del PAGO de la obligación. Las citadas leyes sobre deudas en

232,
1ª y 2ª

Páginas

Páginas

monedas extranjeras no caben sino en tanto que se trate del fenómeno jurídico del PAGO. (Auto, Sala de Negocios Grales. LI, números 1972 y 1972, marzo 5 de 1941)

PAPEL SELLADO

— 140 —

La renuencia a revalidar el papel común utilizado en la actuación, por la parte a quien le correspondía suministrar el papel sellado, no constituye motivo de incompetencia de jurisdicción por parte del juez o tribunal para seguir conociendo del juicio. El fenómeno de la jurisdicción no puede nunca tener ocurrencia en el caso previsto en el artículo 351 del C. J., que se relaciona únicamente con el propósito del legislador de evitar las demoras y paralizar las acciones en el proceso judicial, estableciendo una sanción de carácter fiscal para el litigante renuente a suministrar el papel hábil para la actuación. El deber que impone a la parte recurrente el artículo 351 del C. J. tiene como único fin evitar retardos y demoras en la secuela de los procesos. Pero la renuencia a cumplir tal obligación no constituye nulidad de lo actuado ni menos puede dar origen a una incompetencia de jurisdicción. El juez o tribunal no pierde la jurisdicción por el incumplimiento de tal precepto que, se repite; tiene una calidad exclusivamente fiscal y por objeto evitar el estancamiento de las acciones judiciales. (Casación, LI, números 1973 y 1974, junio 18 de 1941)

PARRICIDIO

— 141 —

El Código Penal de 1890 no distinguió, ni podía distinguir, para

los efectos penales, entre ascendientes legítimos y naturales, del mismo modo que no estableció la causal eximente de responsabilidad para los homicidios cometidos en las circunstancias excepcionales del ordinal 9º del artículo 591, como un privilegio a favor de los ascendientes legítimos. La distinción en cualquiera de los dos casos habría sido injusta y contraria a los más hondos sentimientos humanos.

En ningún delito, como en el parricidio, actúa con tanta intensidad el principio de que al delincuente hay que juzgarlo con un criterio esencialmente subjetivo, derivado de la gravedad de la infracción y de los sentimientos antisociales del sujeto. Y también en ningún delito, como en ese, se marcan mejor los diferentes efectos que el parentesco produce ante el derecho civil y ante el derecho penal. En el primero el parentesco es fuente, a través de la ley, de obligaciones y derechos de carácter puramente patrimonial o económico; y en el segundo es generador, a través de los vínculos de la sangre, de ideas, de sentimientos, de deberes y de afectos en general que hacen parte de la propia personalidad. Por eso, la violación del parentesco por medio de un hecho antisocial o delictuoso tendrá repercusiones jurídicas sustancialmente distintas en el terreno civil y en el terreno penal. (Casación, LI, Nos. 1971 y 1972, junio 27 de 1941)

586, 1ª

PARTICION

— 142 —

La igualdad de los lotes de que habla la ley ha de referirse al valor y no a la superficie, porque a

363, 1ª

mayor valor, menor será su superficie, y a mayor superficie menor será su valor. (Casación, LI, números 1971 y 1972, marzo 25 de 1941)

Páginas

153, 1ª

P E N S I O N

— 143 —

La pensión debe pagarse desde la fecha de la presentación de la demanda y no desde la de la sentencia, porque ésta no crea el derecho sino que se limita a reconocerlo. No existe ninguna disposición legal que reglamente lo relativo a la fecha en que debe empezar el pago de las pensiones, con excepción de los sueldos de retiro de los militares, que deben pagarse desde el día en que se produce la novedad de la baja. Pero el art. 421 del Código Civil dice que los alimentos se deben desde la primera demanda; esta disposición es aplicable por analogía, ya que la pensión viene a ser una gracia que concede el Estado para la subsistencia del empleado que carece de bienes de fortuna. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LI, números 1971 y 1972, febrero 10 de 1941)

P E N S I O N E S

— 144 —

La Sala de Negocios Generales tiene jurisdicción para conocer de asuntos referentes a pensiones cuando la demanda ha sido propuesta antes de la vigencia de la ley 153 de 1938.

La pensión debe pagarse desde la fecha de la presentación de la demanda y no desde la de la sentencia porque ésta no crea el de-

recho sino que se limita a reconocerlo. Es justo reconocer al demandante la gracia desde que se dirigió a la autoridad competente para hacer efectivo su derecho, mediante el cumplimiento de las formalidades y requisitos exigidos por la ley. No existe ninguna disposición legal que reglamente lo relativo a la fecha en que debe empezar el pago de las pensiones, con excepción de los sueldos de retiro de los militares, que deben pagarse desde el día en que se produce la novedad de la baja. Pero el art. 421 del Código Civil dice que los alimentos se deben desde la primera demanda, disposición que es aplicable por analogía, ya que la pensión viene a ser una gracia que concede el Estado para la subsistencia del empleado que carece de bienes de fortuna. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LI, número 1970, febrero 10 de 1941) . . .

Páginas

130, 2ª

P E N S I O N E S

— 145 —

391, 2ª

Decretada por una Asamblea la gracia de una pensión a favor de una persona, si el gasto que demanda la ordenanza que decretó la pensión o la jubilación no se incluyó en la ordenanza de apropiaciones hay que presumir que la omisión obedeció a razones de orden fiscal debidamente pesadas y medidas por la asamblea. La gracia así concedida bien puede revocarse en cualquier momento. De consiguiente, siendo la pensión una liberalidad, es inadecuada para obligar al departamento irrevocablemente y para generar derecho adquirido que pueda hacerse valer en juicio. (Auto, Sala de Negocios Generales, LI, número 1975, marzo 30 de 1941)

884, 1ª

PERTAZGO

Páginas

— 146 —

Véase: DICTAMEN PERICIAL.

(Casación del 20 de junio de 1941, números 1971 y 1972 de la Gaceta Judicial, tomo LI, página 296, 1ª y 2ª).

PERJUICIOS

— 147 —

El artículo 2341 del Código Civil sienta el principio básico de la responsabilidad por culpa extracontractual. Como complemento de la norma anterior y de la teoría que ella consagra, el artículo 2356 establece la regla general e invariable de que todo daño que pueda imputarse a malicia o a negligencia de una persona debe ser reparado por ésta. Se deduce de la letra y del espíritu de ese precepto que tan sólo se exige que el daño causado fuera de las relaciones contractuales pueda imputarse, para que ese hecho dañoso y su probable imputabilidad al agente o contraventor constituya la base o fuente de la obligación respectiva. Como corolario de esto hay que aceptar que el artículo 2356 establece una presunción de responsabilidad que origina y da nacimiento a la presunción de culpa extracontractual que aparece consagrada en los preceptos normativos antes citados. Y de los anteriores principios hay que deducir que la carga de la prueba no corresponde al damnificado sino que corre a cargo del agente negligente, impreviso y descuidado que por malicia o negligencia causó el daño. (Casación, LI, números 1971 y 1972, abril 30 de 1941)

240, 1ª

PERJUICIOS

Páginas

— 148 —

La Corte, en varias decisiones, al interpretar el artículo 2356 del Código Civil, ha dicho que en él se establece, como regla general e invariable, que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ella, y que como corolario hay que aceptar que ese artículo establece una presunción de responsabilidad, que origina y da nacimiento a la presunción de culpa extracontractual, de donde se deduce que la carga de la prueba no corresponde al damnificado sino que corre a cargo del agente negligente, impreviso o descuidado que por malicia o negligencia produjo el daño. (Casación, LI, Nos. 1973 y 1974, mayo 29 de 1941)

498, 2ª

PERJUICIOS MATERIALES
Y MORALES

— 149 —

Nuestra legislación positiva no distingue entre perjuicios morales y perjuicios patrimoniales, ni estatuye que en la indemnización compensatoria del perjuicio material vaya envuelta una satisfacción por los perjuicios morales, para que pueda decirse en casación que se ha quebrantado alguna disposición de la ley civil. Además, el no acatar los falladores de segunda instancia las doctrinas jurídicas sentadas por la Corte no es motivo, por sí solo, que dé margen a la casación.

La reparación por perjuicios morales apenas entró a formar parte de nuestra jurisprudencia nacional allá por el año de 1922, y de esa fecha en adelante la doctrina y la

jurisprudencia han ido perfeccionándola hasta llegar casi a un cuerpo armónico, acomodado a nuestro sistema jurídico y a nuestras costumbres sociales. La Corte amplió y modificó su doctrina sobre este punto en sentencia de casación del 15 de marzo de 1941. (Casación, LI, Nos. 1973 y 1974, mayo 29 de 1941).....

patrimonio moral propiamente dicho, o bien en sus afecciones, en la parte afectiva del patrimonio moral. Se acepta ordinariamente que el interés comprendido en la primera categoría, el interés moral, se halla jurídicamente protegido; la ley sobre prensa, que prevé y reprime la injuria y la difamación, así lo demuestra. Pero que el simple interés de afección justifique una reparación de orden pecuniario, no es tesis que se admita generalmente. Si en principio todo daño, así sea material o moral, debe repararse, ese postulado, tan fácilmente enunciable, en cuanto a la reparación del daño moral, ofrece serias dificultades en su aplicación. Parece que la falta de una diferenciación, necesaria e indispensable, entre las diversas clases de daño moral, según la naturaleza de éste, ha llevado confusión a las exposiciones de los tratadistas, por entender a veces el intérprete a la luz de aquellas que allí se generaliza un concepto sobre todas las clases de daño moral. Esa generalización, que no es fundada filosófica ni jurídicamente, produce oscuridad y dificultad en el examen del asunto. Como no todos los daños morales son de idéntica especie, las normas para hacer su valoración tampoco son las mismas en todos los casos. Hay en torno al daño moral dos géneros de perjuicios: los que emanan de aquel en forma concreta, determinada o determinable, que pudieran llamarse perjuicios morales objetivados, y otros que son indeterminados o indeterminables, inabstrahibles y abstractos, perjuicios morales no susceptibles de objetiva- ción. El daño moral es la lesión del patrimonio moral propiamente dicho o del patrimonio afectivo; de la "parte social del patrimonio

Páginas

Páginas

500, 2ª y 501, 2ª

PERJUICIOS MATERIALES POR LA MUERTE DE UNA PERSONA

— 150 —

Para los efectos indemnizatorios por perjuicio material en caso de muerte de una persona en accidente desgraciado, no es propiamente la duración de la vida lo que vale, sino su capacidad productiva en relación con el apoyo cierto y concreto que dejó de tenerse al extinguirse esa vida, dentro de las peculiaridades propias de cada caso. Se desnaturaliza la prueba pericial para avalúos de esta especie si llega a convertirse en la aplicación mecánica de tablas y fórmulas matemáticas sobre duración de la vida y descuento de interés bancario. (Casación, LI, números 1971 y 1972, junio 20 de 1941).....

298, 1ª y 2ª

PERJUICIOS MORALES

— 151 —

Es jurisprudencia reiterada de la Corte la de que las entidades de derecho público deben responder por los daños provenientes de actos u omisiones de sus agentes.

El daño moral ofrece dos aspectos diferentes según sea una persona atacada en su honor, su reputación, su consideración, en su

Páginas

Páginas

moral", en los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales; de la parte afectiva, en los que hieren los sentimientos de amor en la familia. El daño moral objetivado puede fácilmente repararse y es tangible, estimable con relativa facilidad, concretable en cifras numéricas, no así el daño moral no objetivado. Las repercusiones objetivas del daño moral han de indemnizarse siempre aplicándole las normas que regulan la fijación y resarcimiento del perjuicio material. Se procura y se obtiene que ese perjuicio moral se objective y concrete, y por esa vía se llega a la reparación debida. En esta categoría cabe la mayor parte del daño moral; muchos casos de perjuicios de esta clase se comprenden en ella y por el procedimiento aquí señalado puede alcanzarse su reparación. Hay perjuicio moral cuando se vulneran intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran el patrimonio moral de una persona, en su parte social y en su parte afectiva, en su honor, por ejemplo, o en el sentimiento.

La objetivación del daño moral, en cuanto puede hacerse para darle realidad procesal jurídica en sus manifestaciones materiales, constituye daño moral y no material. La enfermedad proveniente de la pena ocasionada por el ataque al sentimiento de afección y la depresión síquica con el mismo origen y que produce inhibición para el trabajo, que consecuentemente afectan el patrimonio material, son daño moral objetivado, fácil de determinar. No sucede lo mismo cuando se trata del daño moral no objetivado. En él se contempla un perjuicio puramente subjetivo,

En este campo solamente el presunto lesionado sería el sujeto capaz de medir la intensidad de su dolor. Cualquiera otra intervención dirigida a lograr ese objeto sería ineficaz, porque es imposible someter a una escala de medida la personalidad psicológica, compleja y múltiple, de los agentes receptores del perjuicio moral. Este daño moral no objetivado, inasible por su naturaleza, no puede reducirse a cifras ni a dinero, si no se quiere caer en la más completa arbitrariedad. Por eso, si de reparación del daño moral se trata, ha de admitirse que como tal no es posible lograrla sino en la medida de su objetividad. Por más que sea difícil la reparación del daño puramente subjetivo y social, esto no implica que haya de quedar sin una satisfacción de orden puramente pecuniario, como así la llama Jossierand y, con él, otros expositores. Este es el criterio de la ley colombiana, cuyo sistema es el que mejor armoniza con las concepciones más recientes del derecho y de los principios que dentro de él inspiran la reparación del perjuicio. En suma, para el daño moral no objetivable se admite en la ley colombiana una pequeña satisfacción pecuniaria que se gradúa prudencialmente por el Juez según las circunstancias de cada caso, dentro de la cuantía señalada en el artículo 95 del Código Penal. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LI, Nos. 1971 y 1972, abril 23 de 1941) (1) 431, 2ª y

siguientes.

(1) Concordancias: exactamente iguales en doctrina son las sentencias de la misma Sala, publicadas en el mismo número de la Gaceta Judicial, páginas 438 y siguientes y 458 y siguientes,

Págs.

Págs.

PERJUICIOS MORALES

— 152 —

El problema que frecuentemente se confronta en los juicios en que se busca hacer efectiva la responsabilidad civil originada en un daño moral consiste en la dificultad que generalmente ofrece la evaluación en cifra numérica del perjuicio, la determinación de su cuantía para los efectos de la condena a su reparación, dificultad que varía y es mayor o menor según las diversas formas y peculiaridades que puede asumir el daño moral. Desde este punto de vista estrictamente probatorio ha establecido la jurisprudencia una división del perjuicio moral, en objetivado, que es el susceptible de concretarse probatoriamente en detrimentos patrimoniales sin perder su naturaleza original, e inobjetivados, que son aquellos que por permanecer en el campo estrictamente espiritual no pueden traducirse o representarse en deterioros patrimoniales que den base cierta y apreciable para su evaluación, que por este motivo tiene que ser irremediablemente arbitraria. Sobre este punto expuso una importante teoría la Sala de Negocios Generales de la Corte, en sentencia del 23 de abril de 1941, que la Sala de Casación acoge.

El justiprecio del dolor ajeno no es materia de ninguna de las ciencias ni artes que pueden ser objeto de la especialización intelectual de los hombres. (Casación, LI, números 1971 y 1972, junio 20 de 1941) 299, 1ª y 2ª

entre el funcionario y el rematador y entre la cosa y en el precio se extien-

PERSONERIA ADJETIVA EN JUICIOS DE MINAS

— 153 —

Véase: MINAS. (Casación del 2 de abril de 1941, números 1971 y 1972 de la *Gaceta Judicial*, página 180, 2ª y siguientes).

PETROLEOS

— 154 —

Verificado el remate de una finca raíz antes del 28 de octubre de 1873 y aprobado también antes de la misma fecha por el Gobierno, aunque la respectiva diligencia se haya registrado años después, sus efectos para la adquisición del dominio se retrotraen a la fecha del remate o de la convención, según lo ha declarado la Corte en varias sentencias de casación, entre ellas la del 24 de mayo de 1920, publicada en el número 1442 de la *Gaceta Judicial*.

La venta en remate pasa ante el funcionario y el rematador. Ella, como acto judicial o administrativo que es, sale de las reglas generales que establecen las solemnidades de la venta de bienes raíces. La solemnidad de este contrato consiste en otorgarlo por escritura pública, o sea, haciendo intervenir en él al ministro de la fe pública, que es el notario; pero en tratándose de remates de bienes raíces el juez, o el Agente de Bienes Desamortizados, cuando la intervención de éste estaba autorizada por la ley, reemplaza al notario. Desde que existe acuerdo entre el funcionario y el rematador y entre la cosa y en el precio se extien-

Págs.

Págs.

de la respectiva diligencia de remate, se aprueba éste y se registra, así el contrato resulta perfecto. Hay analogía, y más que analogía semejanza, entre el título resultante de un remate y el constituido por una escritura pública, sea que se les mire desde el punto de vista de la solemnidad o que se les considere como adelantos probatorios.

No solamente en la legislación española, sino igualmente en el derecho positivo colombiano el gravamen hipotecario no puede por sí solo constituir título de dominio a favor del respectivo acreedor. Nada se oponía en la legislación española a que el acreedor hipotecario adquiriera la finca gravada, aunque, es verdad, algunas veces no pasaba la posesión de lo empeñado o gravado al acreedor, sino la simple tenencia, como cuando entre las partes se había establecido así, es decir, cuando esas partes habían convenido la sola tenencia y no la posesión.

Cuando se formula la oposición sobre la propiedad del petróleo, conforme al artículo 5º de la ley 160 de 1936, hay que demostrar que ella existe a favor de quien se opone a la celebración del contrato. No basta la afirmación y la comprobación, tan convincentes como se las suponga, de que existe el derecho y de que hay hechos demostrados conforme a los cuales una persona tiene, sobre ciertos bienes, las condiciones necesarias para ser declarada dueña de ellos en calidad de vacantes. Es indispensable la declaración respectiva. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LI, números 1971 y 1972, febrero 13 de 1941)

POLITICA EN QUE INTERVIENEN LOS EMPLEADOS PUBLICOS

— 155 —

Véase: EMPLEADOS PUBLICOS QUE INTERVIENEN EN LA POLITICA.

PRELACION DE CREDITOS

— 156 —

Dada la distinta naturaleza de los bienes afectados con el gravamen hipotecario y los afectados con el privilegio especial de la segunda clase (artículo 2497, C. C.), entre esas dos categorías de créditos no puede hablarse de prelación, porque se trata de afectaciones ligadas y limitadas a objetos especiales. Así el posadero, el acreedor y acreedor prendario, no pueden pretender que se les satisfaga preferentemente sus créditos según el artículo 2499 del Código Civil, porque el privilegio preferencial de aquéllos está radicado exclusivamente en los bienes muebles respectivos de que habla el artículo 2497; de la misma manera que el acreedor hipotecario no puede hacerle competencia a los acreedores de la segunda clase para conseguir que su crédito se pague con los bienes muebles destinados a garantizar los créditos de dicha segunda clase.

El artículo 55 de la ley 57 de 1931 dispone que gozarán de privilegio los créditos garantizados con prenda agraria "después de que se hayan satisfecho los créditos indicados en el artículo 2495 del Código Civil", es decir, los que dan privilegio general sobre todos 371, 2º los bienes del deudor. El hecho de y stes. que el artículo diga que los crédi-

tos de prenda agraria se satisfacen después de que se hayan pagado los de la primera clase, no los coloca en esta categoría; al contrario, los excluye de ella y los coloca dentro de la segunda clase de créditos privilegiados (art. 2497), por tratarse de créditos asegurados con una garantía específica sobre bienes muebles.

Si bien es cierto que la hipoteca constituida sobre bienes raíces afecta los muebles que por acción de aquéllos se reputan inmuebles, según el art. 2445 del Código Civil, con relación a la prenda agraria rige el artículo 12 del Decreto número 553 de 1932. Pero los bienes constituidos en prenda agraria son distintos de la finca raíz en donde ellos se encuentran. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LI, No. 1975, abril 22 de 1941)

PRESCRIPCION

— 157 —

Una de las principales diferencias que hay entre la prescripción adquisitiva y la extintiva es la de que en tanto que la primera puede ser acción o excepción, la segunda, por su propia naturaleza, no puede ser alegada sino como fuente de una excepción. (Casación, LI, números 1971 y 1972, abril 25 de 1941)

PRESCRIPCION

— 158 —

No comprende el artículo 41 de la ley 153 de 1887 sino un aspecto de la prescripción en materia civil, como es fácil y lógico deducirlo así del texto y espíritu de ese mandato legal y de los diáfanos co-

Págs.

mentarios que sobre el particular escribió el doctor Manuel J. Angarita, quien, en su calidad de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, tomó parte activa en la formación del proyecto de la ley 153 y en la discusión ante el Consejo Nacional Legislativo. Y tal aspecto se reduce a las expectativas del derecho de prescribir en lo civil, norma que no es posible adaptar al ramo penal por obvias razones. (Auto de la Sala de Casación Penal, LI, Nos. 1973 y 1974, agosto 18 de 1941)

PRESCRIPCION DE LA LEY PENAL

— 159 —

897, 1ª y 2ª La prescripción de ley penal (lo mismo que la de la pena impuesta en sentencia ejecutoriada), por un hecho cometido en la vigencia del Código de 1890, puede y debe regirse según las reglas del Código de 1936, cuando éste resulta más favorable para el reo que el anterior, en obediencia a los mandatos de los artículos 22 de la Constitución, 44, de la Ley 153 de 1887, 3º de la Ley 95 de 1936 y 5º de la 94 de 1938. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, LI, números 1973 y 1974, agosto 4 de 1941).

PRESTACIONES MUTUAS

226, 2ª

— 160 —

En el capítulo sobre prestaciones mutuas la primera obligación es la de restituir al vencedor la cosa disputada, según el artículo 961 del Código Civil. Así, pues, la entrega es corolario legal de la nulidad y, por ende, quien está facultado para demandar ésta lo está también para pedir aquélla. Más

Págs.

686, 1ª

677, 2ª

todavía: la entrega viene de suyo. (Casación, LI, Nos. 1971 y 1972, mayo 6 de 1941).....

Páginas

265, 2ª

Páginas

PRESUNCION DE VALIDEZ DE CIERTOS ACTOS

— 161 —

Existiendo a favor de los actos celebrados, aparentemente, con las formalidades legales, la presunción de validez, sería insensato e injustificable que se ocurriese a la justicia ordinaria demandando la validez de un acto, que ni los otorgantes ni los terceros han tachado de nulo o inválido. Esto es de rigor, porque si las partes o los terceros tuvieran que ocurrir a los jueces pidiendo la declaración de validez del acto solemne que ellos voluntariamente han celebrado, sería acabar con la fe pública que aquél merece por sí mismo, y con la de los funcionarios públicos encargados de darla, la cual es necesaria para la estabilización de las relaciones humanas, ya sean de familia, ya sociales o comerciales. (Casación, LI, Nos. 1971 y 1972, abril 25 de 1941).....

PRUEBA DIABOLICA

— 162 —

Véase: REIVINDICACION. La sentencia de casación del 2 de abril de 1941, Nos. 1971 y 1972, 169, 2ª.

P R U E B A S

— 163

Para que exista el error de hecho en la apreciación de la prueba indiciaria, con eficacia para casar un fallo, es necesario que la interpretación pugne con la manifiesta

evidencia de los hechos comprobados en el proceso o que el fallador haya hecho deducciones ilógicas que rompan la relación de causalidad entre el hecho establecido plenamente y la deducción derivada de éste. Y ese error puede provenir no sólo de lo que acaba de anotarse, sino también de la omisión en la apreciación de alguna prueba, omisión que tenga la eficacia de desvirtuar las que el fallador tuvo en cuenta para deducir que el hecho indicio está demostrado. Y esto es claro desde luego que en el numeral 1º del artículo 520 del C. J. se estatuye que procede el recurso de casación si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, en cuanto por esto haya incurrido el tribunal en error de derecho o en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos. En una palabra, la apreciación del tribunal sentenciador es intocable cuando deduce los indicios de hechos comprobados: (Casación, LI, número 1975, julio 18 de 1941).....

809, 2ª

225, 2ª

P R U E B A S

— 164 —

De que las declaraciones hechas en un instrumento público tengan fuerza de plena prueba contra sus otorgantes no se deduce que a éstos les esté vedado infirmarlas con otros medios probatorios, máxime en pleito entre las mismas partes contratantes, en el que no ocurre considerar la situación de los terceros; ni mucho menos puede impedir que una de esas partes se beneficie de la prueba consistente en la confesión de la otra. (Casación, LI, números 1973 y 1974, junio 3 de 1941).....

539, 1ª

P R U E B A S

— 165 —

Aun cuando la tesis o doctrina de la soberanía de los tribunales ha sido por lo menos aclarada por la jurisprudencia de la Corte, subsiste el principio de que la convicción del tribunal es intocable cuando se demuestra que no ha sufrido error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas de las cuales deriva su convicción. (Casación, LI, números 1973 y 1974, junio 27 de 1941).....

Páginas

520 del C. J. en su numeral 1º, o sea, en cuanto se formule el cargo de que al apreciarlas incurrió el Tribunal en error de derecho o en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos y en cuanto, además, y cardinalmente, de tal apreciación errónea se deduzca o ella implique de suyo la violación de disposiciones legales sustantivas. (Casación, LI, números 1973 y 1974, mayo 30 de 1941).....

Páginas

514, 2º

603, 2º

PRUEBA TESTIMONIAL

— 168 —

P R U E B A S

— 166 —

La antigua doctrina sobre la soberanía absoluta de los tribunales en la apreciación de las pruebas ha sido revaluada por la Corte y limitada o modificada en el sentido de quitarle el alcance irrestricto que le asignaba tal doctrina, pero manteniendo el respeto por la convicción del fallador en cuanto ésta se funde en elementos probatorios bien apreciados. Esto no quiere decir que no sea viable atacar en casación la estimación probatoria del fallador, porque eso equivaldría a volver a la antigua doctrina de la soberanía irrestricta del juzgador. No; en casación es viable ese ataque y puede prosperar, pero circunscrito a ciertos factores, como lo ha sostenido la Corte en varios fallos. (Casación, LI, número 1975, julio 18 de 1941).....

Si bien es cierto que por regla general no es legalmente admisible para comprobar hechos que deben constar por documentos o pruebas escritas preestablecidas por las leyes, como, por ejemplo, la calidad de ser o haber sido empleado un individuo, también es evidente que esa misma prueba debe admitirse en caso de falta absoluta, bien justificada, de las pruebas preestablecidas y escritas. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LI, números 1971 y 1972, febrero 10 de 1941).....

390, 2º

809, 2º

PRUEBA TRASLADADA A OTRO JUICIO

— 169 —

El concepto de la prueba trasladada a otro juicio se refiere casi exclusivamente al testimonio, el cual si ha sido recibido en juicio distinto y se necesita de él en un segundo o tercero, hace necesaria su ratificación durante el período probatorio de aquél en que se quiere que surta sus efectos. Muy distinto es el caso si se trata, no ya

PRUEBAS EN CASACION

— 167 —

Las pruebas en casación se contemplan como corresponde al art.

Páginas

de testimonio, sino de un documento auténtico, de aquellos que enumera el artículo 632 del Código Judicial. Su recepción en juicio está subordinada al trámite especialmente señalado por el legislador en el artículo 633 del mismo código. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LI, números 1971 y 1972, abril 23 de 1941).....

428, 2ª
y 429, 1ª

sitiva y deshacer el agravio que en su aplicación haya podido perpetrarse si el recurrente se abstiene de señalar la norma o normas que estima violadas, en cualquier concepto, por el fallo acusado. (Casación, LI, números 1973 y 1974, mayo 30 de 1941)

Páginas

526, 2ª

RECURSO DE CASACION

PRUEBAS Y SU APRECIACION

— 172 —

Ya ha dicho la Corte que no basta que se acredite una errónea, mala, imperfecta o poco técnica apreciación de las pruebas, ni es suficiente que tal apreciación sea o pueda ser distinta o contraria a la que la Corte hubiera hecho en el caso de haber fallado en instancia. Es menester algo más para que el recurso proceda. Es necesario que esa mala apreciación de pruebas haya llegado a dar por resultado un verdadero, manifiesto y evidente error de hecho, que a su turno implique una infracción de la regla jurídica. (Casación, LI, números 1971 y 1972, abril 2 de 1941)

185, 1ª

Cuando se acusa una sentencia por la primera causal de casación, es necesario demostrar que incurrió el sentenciador en error de hecho o de derecho, que aparezca de modo manifiesto en los autos, requisito indispensable para que prospere el cargo, conforme a lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial. Además, como lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corte, sólo mediante esa demostración le es dado a ella entrar a apreciar por su cuenta las pruebas aducidas en el juicio. (Casación, LI, Nos. 1973 y 1974, junio 26 de 1941)

596, 1ª

RECURSO DE CASACION

R

— 173 —

RECURSO DE CASACION

— 171 —

La técnica de casación impone al recurrente el deber de señalar las disposiciones que estima violadas de la ley sustantiva para apreciar el alcance, naturaleza y fundamento del cargo que se alegue. Resulta imposible velar por el recto cumplimiento y aplicación de la ley po-

Los preceptos reglamentarios proferidos en decretos ejecutivos y, en general las normas ejecutivas, no dan base para acusaciones en el recurso extraordinario de casación que solamente tiene como fin exclusivo el de velar por la fiel y exacta aplicación de la ley sustantiva y el de unificar la jurisprudencia nacional sobre los diversos fenómenos del derecho privado. (Casación, LI, Nros. 1971 y 1972, abril 2 de 1941)

184, 2ª

RECURSO DE CASACION

— 174 —

El recurso de casación no es una tercera instancia. En él no cabe estudio de las pruebas sino en cuanto por error de hecho aparezca de manifiesto en los autos, o por error de derecho se hayan apreciado indebidamente y con ello se haya incurrido en violación de las leyes sustantivas o por esa torcida vía se haya llegado a violarlas. La Corte no puede infirmar las conclusiones a que llegó el sentenciador de instancia analizando y concatenando el haz probatorio.

El tribunal, para fallar en instancia, tiene la amplitud otorgada por los artículos 660 a 667 del Código Judicial para cumplir su misión de sentenciador. Ellas son a la vez potestad y límite. El fallo que no se salga de éste no puede casarse, porque quien lo estudia crea que, a haber sido sentenciador, habría llegado a conclusiones distintas o cautamente habría estimado insuficientes las pruebas para llegar a las conclusiones, a que esa sentencia llegó. (Casación, LI, números 1971 y 1972, mayo 6 de 1941).

RECURSO DE CASACION EN LO PENAL

— 175 —

Aunque en varias decisiones de la Sala que terminó su período constitucional el primero de mayo de 1940 se resolvió que el recurso de casación en procesos anteriores a la reforma penal no podía concederse sino en los casos y condiciones de las Leyes 78 de 1923 y 118

Páginas

de 1931, puesto que el artículo 722 del Código de Procedimiento Penal determinó que este sólo será aplicable a los procesos iniciados después de la fecha en que tal estatuto empezó a regir, este aspecto del problema puede considerarse hoy despejado porque en sentencia de 13 de mayo de 1941 la Corte, en Sala Plena, declaró inexecutable aquel artículo 722, "en cuanto sustrae los procesos iniciados antes del 1º de julio de 1938, fecha de su vigencia, a la aplicación de sus normas de carácter sustantivo, en los casos en que son más favorables al acusado que las reglas respectivas de la legislación anterior". (Auto, Sala de Casación Penal, LI, número 1970, junio 9 de 1941).

Páginas

108, 1ª
y 2ª

RECURSO DE HECHO

— 176 —

No es procedente el recurso de hecho mientras no haya sido negada por el Tribunal la concesión del de casación. (Auto, Sala de Casación Civil, abril 24 de 1941).

205, 1ª

RECURSO DE QUEJA

— 177 —

El recurso de queja, como está inequívocamente establecido en el Código de Procedimiento Civil, se concede para hacer efectiva la responsabilidad en que haya incurrido el Juez por violación de la ley en los casos definidos en el Código Penal, pero en manera alguna para obtener la revocación o la reforma de resoluciones judiciales. (Auto, Sala de Casación Civil, LI, números 1971 y 1972, abril 24 de 1941).

204, 2ª y
205, 1ª

262, 2ª

RECURSO DE REVISION

— 178 —

La retractación de los testimonios tenidos como parciales, primero por el juez y luégo por el Tribunal, por motivos de amistad o de miedo, no alcanza a tener el valor suficiente que el caso tercero del artículo 571 de la Ley 94 de 1938 requiere para obtener el recurso extraordinario de revisión. (Auto, Sala de Casación Penal, LI, número 1975, septiembre 12 de 1941).

Páginas

857, 2ª

Páginas

830, 1ª

inscripción en el registro de toda escritura por la cual se aumenta el capital social. (Casación, LI, número 1975, julio 18 de 1941).

REFORMATIO IN PEJUS

— 179 —

La reformatio in pejus, que rebasa los límites jurisdiccionales del superior, no es cualquier enmienda sino solamente la que imponga una agravación de las obligaciones impuestas al vencido cuando éste ha sido el único recurrente. El perjuicio es elemento que corresponde por definición a esta figura legal. (Casación, LI, números 1971 y 1972, abril 2 de 1941).

REGISTRO DEL REMATE

— 182 —

Es indudable que la copia de la diligencia de remate debe llevar las firmas del Juez y del Secretario, pero si en la copia que se llevó al registro se omitió la firma del Juez, se invalidaría en todo caso la copia, pero no el acto mismo de la subasta, cuya acta original sí contiene tal formalidad. Y aún aceptándose que se hubiera realizado la inscripción de la diligencia de remate en la Oficina de Registro sobre una copia defectuosa, que rría decir en último extremo que tal inscripción sería defectuosa, pero es bien sabido que ese sería un requisito subsanable en cualquier tiempo y que no podría producir la nulidad del juicio ejecutivo, ni menos de la diligencia de remate. (Casación, LI, números 1973 y 1974, mayo 29 de 1941) 510, 1ª y 2ª

174, 1ª REGISTRO DE LA SENTENCIA

— 183 —

REGIMEN PATRIMONIAL EN EL MATRIMONIO ANTES DE LA LEY 28 DE 1932 Y CONFORME A ELLA

— 180 —

Véase: Sociedad conyugal antes de la Ley 28 de 1932 y conforme a ella.

REGISTRO DE ESCRITURAS SOBRE AUMENTO DEL CAPITAL SOCIAL

— 181 —

Es necesaria la solemnidad de la

La falta de registro no implica nulidad de la sentencia no registrada; únicamente la inhabilita para servir de prueba en juicio, según el artículo 2673 del C. C. Pero la necesidad de la formalidad del registro la ha entendido la Corte más con referencia a terceros que a las mismas partes litigantes, porque el registro tiene por objeto darle la mayor publicidad a la sentencia para prevenir en cuanto sea posible los perjuicios a derechos de terceros, y esta precaución

se hace redundante en relación con la contraparte que ha tenido ocasión de conocer el fallo y de intervenir en todas las diligencias del juicio. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LI, número 1975, marzo 29 de 1941).

REINCIDENCIA

— 184 —

El artículo 140 del Código Penal de 1890 y el 34º del Código de 1936 no hacen distinción ninguna entre la reincidencia genérica y de *in eodem*. Es lo mismo la una que la otra, y jamás la Corte ha sentido la doctrina de que únicamente sea computable la reincidencia específica, que es la conocida en los tratadistas con el nombre de *reiteración*. Esa reincidencia *in eodem* o específica, más grave que la genérica, se estatuyó en el artículo 2º de la Ley 105 de 1922, para determinados delitos. Y quizá no es acertado lo que el señor Procurador sostiene: que la legislación penal nueva y la antigua "contemplan la reincidencia genérica y no la específica". En primer lugar, lo que pasa, se repite, es que los dos Códigos no distinguen y abarcan una y otra clase de recaídas delictuosas. Y en segundo lugar, la legislación penal antigua sí contempló la reincidencia *in eodem*, como lo ordenó la citada Ley 105 de 1922. (Casación, LI, número 1970, octubre 9 de 1940).

REIVINDICACION

— 185 —

Para el éxito de la acción reivindicatoria basta que el actor aduzca títulos legales que revelen su

Páginas

879, 1ª

propiedad en época anterior a la en que se inició la posesión del demandado, porque con esos títulos, que caracterizan jurídicamente su derecho, se destruye la presunción nacida del mero hecho de la posesión del reo no respaldada por ningún título, sin necesidad de demostrar, para los efectos de la sentencia, la cadena completa de sus antecesores en el dominio de la finca reivindicada, como lo tiene establecido la jurisprudencia que ha rechazado la prueba diabólica. (Casación, LI, números 1971 y 1972, abril 2 de 1941).

Páginas

169, 2ª

REIVINDICACION

— 186 —

Para que prospere la acción reivindicatoria es necesaria, entre otras cosas, la individualización de la finca o predio materia de la reivindicación. (Casación, LI, números 1973 y 1974, junio 11 de 1941).

559, 2ª

REIVINDICACION

— 187 —

La posesión de que habla el artículo 762 del C. C. obliga en los juicios reivindicatorios a estudiar ante todo las pruebas con que el actor se presenta a justificar que es el dueño; así lo impone también el artículo 946, en relación con el y 2ª 950, que al definir y conferir la acción reivindicatoria o de dominio no la atribuyen o reconocen sino al dueño, al que tiene la propiedad de la cosa singular de que habla aquella disposición o de la cuota determinada de que habla el artículo 949. (Casación, LI, números 1971 y 1972, abril 2 de 1941).

162, 2ª

REMA TE

Páginas

Páginas

— 188 —

La Ley 105 de 1931 no adoptó el artículo 1082 del anterior Código Judicial. En vez de esta norma de carácter general e imperativo, el nuevo Código Judicial reglamentó la materia en forma diferente, pues sólo en el inciso 2º de su artículo 457 establece, a manera de excepción, que “la nulidad mencionada en el ordinal 2º del artículo 451, una vez aprobado el remate, sólo puede alegarse en juicio distinto, con audiencia del rematante”. El ordinal 2º del artículo 451 dice que es causa de nulidad “la falta de las formalidades prescritas para hacer el remate”. De manera que sólo en el caso que contempla el ordinal 2º del artículo 451, consistente en que la nulidad provenga de la falta de las formalidades para hacer el remate, tiene aplicación lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 457, o sea, que dicha nulidad sólo puede alegarse en juicio distinto con audiencia del rematante. En consecuencia, hoy la declaración de nulidad de un juicio ejecutivo acarrea la nulidad del remate verificado en él, salvo que la nulidad provenga de la falta de las formalidades prescritas para hacer el remate, pues, en este caso, si el remate ha sido ya aprobado, la nulidad sólo puede alegarse en juicio distinto, con audiencia del rematador. (Auto, Sala de Negocios Generales, LI, número 1975, abril 17 de 1941). . .

REMATE DE TIERRAS PARA
EXPLORACIONES PETRO-
LIFERAS

— 189 —

Véase: Petróleos. (La sentencia del 13 de febrero de 1941, G.

893, 1º

J., números 1971 y 1972, página 371 y siguientes).

REQUERIMIENTO

— 190 —

El requerimiento entraña la práctica de una diligencia extrajudicial que no implica ninguna suerte de controversia, ni oposición de parte. Equivale a una sencilla notificación a la persona designada de la solicitud del que la hace, cuyos efectos se valoran posteriormente, si hay lugar a juicio en que se haga mérito del requerimiento. El requerimiento no tiene carácter contencioso ni es una demanda judicial por la cual se promueva un juicio civil contencioso. Por consiguiente, aún siendo parte la Nación, queda fuera de la competencia señalada por el artículo 76 del Código Judicial a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial para los asuntos contenciosos en que aquélla es parte. El requerimiento de un acreedor a la Nación puede notificarse por medio de un Juez de Circuito, como se notifica, verbigracia, la cesión de un crédito al deudor. (Auto, Sala de Negocios Generales, LI, número 1970, febrero 10 de 1941).

132, 2º

RESCISION POR LESION
ENORME

— 191 —

Cuando en el caso de decretarse la rescisión por lesión enorme el comprador no opta por completar el precio, es claro que tiene derecho a que la parte demandante le devuelva el dinero que fue precio de la compra y sus intereses legales desde el día de la demanda hasta el pago. (Casación, LI, números 1971 y 1972, mayo 7 de 1941). . .

276, 2º

**RESOLUCION DEL CONTRATO
DE COMPRAVENTA**

— 192 —

Elegida por el vendedor la acción resolutoria en caso de no pago del precio por el comprador, y pronunciada ésta por sentencia judicial, se producen en general los efectos que corresponden propiamente al cumplimiento de toda condición resolutoria, restituyéndose las partes mutuamente todo lo que han recibido o percibido por motivo del contrato, en las condiciones y con el alcance especialmente determinados en el artículo 1932 del Código Civil. Debiéndose, en consecuencia, restituir las cosas al estado en que las partes se encontrarían si no hubieran celebrado la convención, dispone el citado precepto, en materia de frutos, que el comprador debe restituirlos con la cosa, en su totalidad sin ninguna parte del precio pago, o en la proporción que corresponda si sólo pagó algo. (Casación, LI, números 1973 y 1974, junio 17 de 1941).

**RESOLUCIONES MINIS-
TERIALES**

— 193 —

De acuerdo con la Ley 77 de 1931 las resoluciones que dicten los Ministros del Despacho Ejecutivo, y que tengan por objeto resolver una solicitud sobre reconsideración o revocación de otra providencia de la misma índole, deben notificarse, después de lo cual quedarían ejecutoriadas.

Contra tales resoluciones sólo

Páginas

existe el recurso de reposición para que se revoquen, reformen o aclaren, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 53 de 1909. En el caso de que el recurso de reposición sea resuelto desfavorablemente, no le queda al interesado otro camino que el de intentar la revisión de la respectiva providencia ejecutiva, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 78 del Código Contencioso-Administrativo. Pero en manera alguna puede interponer en forma subsidiaria el recurso de apelación, ya que no existe ninguna disposición legal que así lo establezca. (Auto, Sala de Negocios Generales, LI, número 1975, abril 2 de 1941).

Páginas

886, 1º y
890, 1º

R I E S G O

— 194 —

La teoría del riesgo creado se funda en que todo perjuicio debe ser atribuido 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 se ha modificado 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 re-

Páginas

Páginas

lación de causalidad para que nazca la responsabilidad. Ni la jurisprudencia francesa ni esta Corte han aceptado esa teoría. Entre nosotros no podría aceptarse 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 no lo ha entendido en el concepto que ese 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, LI, números 1973 y 1974, mayo 30 de 1941).

(1)

S

SANCION LEGAL

— 195 —

El artículo 6º del Código Civil contiene una proposición jurídica que se refiere única y exclusivamente a las nulidades sustantivas de que puedan adolecer los actos de la vida civil cuando al ejecutarlos o celebrarlos se violen normas también sustantivas que los reglamentan, señalan sus requisitos intrínsecos o extrínsecos y fijan su alcance. (Casación, LI, números 1973 y 1974, junio 18 de 1941). . .

(1) Transcripción de la sentencia de casación del 18 de noviembre de 1940, G. J., números 1964 y 1965.

SENTENCIA

— 196 —

El conocimiento personal que privadamente tenga de un hecho el sentenciador no puede suplir la demostración del mismo hecho según la ley. Las partes singularizan, en cada pleito las cuestiones de su interés personal cuya decisión someten al juez, y es ésta lo que las vincula y lo que buscan como fin de su litigio, no las consideraciones y apreciaciones que han conducido al juzgador a pronunciarlas. Los particulares no están obligados a suscitar o afrontar discusiones académicas y así, el que ha ganado un pleito porque la senten-

527, 2ª cia le concede cuanto pidió o porque lo absuelve de todos los cargos de la demanda, mal haría en apelar en razón de que la opinión del sentenciador expuesta en la parte motiva no es precisamente la de ese litigante sobre los hechos o el derecho o porque sus conceptos o palabras desagraden a ese litigante por razones sentimentales o de cualquiera otro orden. Lo favorable o desfavorable de una sentencia, a que mira el artículo 494 del C. J., está en lo que concede, niega u ordena, esto es, en su parte resolutive. Cuando el demandado es condenado en menos de lo pedido, y el demandante apela en la mira de completar sus aspiraciones, es claro que el demandado, si por su lado aspira a que se le descargue de aquella condena parcial, debe apelar también, y que, si no apela, en ésta parte su condena

587, 1ª queda en firme, como no podría extenderla el superior si el demandante no apelara. (Casación, LI, No. 1975, julio 29 de 1941)

Páginas

Páginas

SENTENCIAS

— 197 —

Los fallos judiciales deben interpretarse armónicamente, sin desconocer los fundamentos aducidos en la parte motiva, cuando ellos constituyen los supuestos necesarios de la resolución judicial. (Auto, Sala de Negocios Generales, LI, números 1973 y 1974, marzo 25 de 1941).

721, 2ª

otras pruebas. Cuando la acción de simulación es intentada por terceros entonces sí la prueba indicial y toda otra clase de pruebas serviría para apoyar y hasta para sacar avante las pretensiones del actor, mas no cuando se trata de la acción de simulación intentada por uno de los contratantes, caso en el cual, como ya se dijo, 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. (Artículos 1759 y 1766 del C. C.). (Casación, LI, números 1973 y 1974, junio 3 de 1941).

533, 2ª y
534, 1ª

SENTENCIAS DE TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS

— 198 —

No es posible examinar y decidir ante la justicia ordinaria la misma materia que ya fue fallada y sentenciada por lo contencioso-administrativo. No puede, pues, la Corte revisar el fallo de un Tribunal Administrativo desconociendo su contenido sobre la base de nuevos factores probatorios que una inhábil defensa no supo aprovechar en el debate ante esa entidad. Ello sería atentatorio contra el carácter de cosa juzgada de que están revestidas las sentencias de los Tribunales Administrativos, consagrado por el artículo 93 de la Ley 113 de 1913. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LI, números 1973 y 1974, marzo 22 de 1941).

717, 2ª

SIMULACION

— 200 —

La simulación se cifra, por punto general, en ver dos contratos, de los cuales uno aparece y se encamina a disimular el otro, que es el efectivo. Así, la simulación no implica de suyo y desde luego nulidad, y ésta no puede pronunciarse sino cuando la determina. (Casación, LI, números 1971 y 1972, mayo 6 de 1941).

260, 2ª

SIMULACION DE UN CONTRATO, PEDIDA POR EL ACREEDOR

— 201 —

Véase: Acreedores. — Acción pauliana. (Casación del 27 de junio de 1941, G. J., números 1973 y 1974, página 601, 2ª

SIMULACION

— 199 —

Para que la acción de simulación relativa prospere es necesario, o la confesión del demandado o siquiera un principio de prueba por escrito que indique la simulación y que puede complementarse con

SOCIEDAD CONYUGAL CONFORME A LA LEY 28 DE 1932

— 202 —

El marido, dentro del régimen

Páginas

jurídico de la sociedad conyugal imperante antes del 1º de enero de 1933, era el único responsable respecto de terceros, durante la sociedad, de todas las deudas, sin distinción de las sociales, de las personales suyas, de las personales de la mujer o contraídas por ella con mandato o autorización expresa o tácita del marido, o nacidas de contrato celebrado de consuno por los dos cónyuges (artículos 1794, numeral 2º y 3º, 1807, 1834, C. C.). El marido era el único deudor respecto de los terceros, como consecuencia natural y lógica de un régimen administrativo en que él disponía como señor y dueño de todos los bienes que integraban el patrimonio social. Esta situación jurídica, esta relación de acreedor y deudor determinada por la celebración de un contrato verificado antes de la Ley 28 de 1932, no tenía por qué alterarse ni se alteró por efecto de esta ley que estatuyó, a partir del 1º de enero del año siguiente, un nuevo régimen patrimonial en el matrimonio, en el que cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraer el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera, y en que marido y mujer serán responsables de las deudas que personalmente contraigan, salvo las concernientes a satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes. Este principio general consignado en el artículo 2º de la Ley 28, sobre responsabilidad personal y exclusiva de cada cónyuge por las deudas que contraiga, nada tiene qué ver, como es obvio, con obligaciones contraí-

Páginas

das bajo el imperio de la anterior legislación matrimonial, de las cuales sigue siendo deudor el marido y para cuyo pago siguen afectados los bienes del patrimonio social existente entonces, fuera de los especialmente afectados por hipoteca. Ninguna disposición legal ni norma de derecho puede aducirse para concluir que el nuevo régimen legal pueda afectar, perturbándolos o lesionándolos, derechos adquiridos por terceros acreedores de obligaciones nacidas perfectamente bajo el sistema legislativo anterior. Por el contrario, de acuerdo con los artículos 20 y 23 de la Ley 153 de 1887, en cuyos principios se informa el artículo 7º de la Ley 28 contentivo de reglas sobre tránsito de regímenes sociales, todo cambio de derechos y obligaciones anexos a un estado civil deben regirse por la nueva ley que los establece, pero sin perjuicio de que los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley anterior tengan cumplido efecto. Es cierto que a partir del 1º de enero de 1933 el marido dejó de ser el exclusivo dueño y gerente de los bienes de la sociedad conyugal ante terceros, pero no es cierto que haya dejado de ser el deudor de las obligaciones contraídas con terceros por virtud de contratos celebrados durante la vigencia del antiguo régimen, esto es, antes de iniciarse el imperio de la ley 28 de 1932. En consecuencia, es una visible equivocación la de aplicar, para un contrato celebrado antes de esta ley, la doctrina acogida por la Corte en su sentencia del 20 de octubre de 1937, conforme a la cual ninguno de los cónyuges está en posibilidad jurídica de disponer sin concurrencia del otro de los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal no liquidada,

Páginas

Páginas

por adquisiciones verificadas antes del 1º de enero de 1933. Esta interpretación jurisprudencial que la Corte ha hecho del artículo 1º de la ley 28, como consecuencia de haber perdido el marido sus antiguas facultades administrativas y dispositivas de los bienes sociales y con criterio de protección para las mujeres casadas antes de 1933, puesto que sus maridos no han podido disponer arbitrariamente de los bienes que habían comprado hasta esa fecha, se refiere exclusivamente, como allí está dicho con toda claridad, a disposición de bienes por adquisiciones que formaron el haber de la sociedad conyugal, pero en ninguna forma es comprensiva de otros actos jurídicos ni hace referencia a las cargas de la sociedad existente hasta entonces. Otra cosa sería si se tratase, por ejemplo, de hipotecar ahora uno de los inmuebles pertenecientes a esa sociedad no liquidada. (Casación, LI, número 1975, julio 10 de 1941).....

**SOLIDARIDAD ENTRE
CODEUDORES**

— 203 —

Del principio jurídico fundamental de la representación recíproca entre los codeudores en beneficio del acreedor, que sirve para explicar los fenómenos de la solidaridad, se deduce lógicamente, y como regla general, que la mora de uno entraña o conlleva las de los otros obligados, y que la culpa de uno compromete la responsabilidad de los otros.

El artículo 1578 del Código Civil, que limita excepcionalmente los efectos de la solidaridad en la

culpa de los codeudores en relación con perjuicios, contempla y gobierna el caso de que debiéndose por varios deudores solidarios una especie o cuerpo cierto parece éste por culpa o durante la mora de uno de ellos. Esta regla legal no tiene aplicación cuando lo debido es una suma de dinero, o una obligación de género, imperecedera por su naturaleza.

La solidaridad, que es una modalidad excepcional de las obligaciones, no tiene como fuentes posibles sino la convención, el testamento o la ley, y como no se presume, debe ser expresamente declarada. (Casación, LI, Nos. 1973 y 1974, junio 17 de 1941)..... 565, 1ª y 2ª

**SUELDOS POR CUENTA DEL
TESORO PUBLICO**

— 204 —

Véase: ASIGNACIONES POR CUENTA DEL TESORO PUBLICO.

802, 2ª
y 803,
1ª y 2ª

SUSPENSION DEL JUICIO

— 205 —

No puede suspenderse el juicio civil seguido con jurisdicción coactiva por el hecho de estarse adelantando un proceso criminal que ha surgido de algún incidente o hecho conocido durante la prosecución del procedimiento administrativo. (Auto, Sala de Negocios Generales, LI, Nos. 1971 y 1972, marzo 14 de 1941).....

423, 1ª

**TERMINO PROBATORIO EN
ASUNTOS DE PETROLEOS**

— 206 —

El término a que se refiere el artículo 374 del C. J. es el señala-

do en el propio código para alegar, no los que en razón del artículo 367 ibídem corresponde fijar al juez.

El artículo 745 del C. J. es de estricta aplicación en el procedimiento del juicio ordinario, pero no en los juicios breves y sumarios a que dan lugar las propuestas sobre exploración o explotación de petróleos, en los que pueden probarse los hechos controvertidos ante el ministerio por medio de la documentación que se acompaña a la demanda de oposición. Si ocurre esta hipótesis, la sola función que incumbe a la Corte es la de decidir, previa audiencia de las partes. Y como son éstas las que conocen su propia situación procesal, a ellas corresponde manifestar, dentro del traslado que se les da para oír las, si piden la apertura a pruebas. Si guardan silencio, no es necesario término probatorio alguno, ya que sería una dilación inútil, contraria al mandato del legislador, que ordena tramitar con prontitud estos juicios sumarios y breves. (Auto, Sala de Negocios Generales, LI, Nos. 1973 y 1974, marzo 17 de 1941).....

Págs.

Páginas

TESTIGOS

— 208 —

Si es evidente que el testigo debe declarar siempre sobre hechos precisos que caigan normalmente bajo el dominio de sus sentidos, también lo es que pueden ser materia de la propia y directa percepción del testigo los hechos indicativos del estado manifiesto de idiotismo, imbecilidad y reducción congénita de la capacidad intelectual que padezca una persona. Son signos externos y visibles síntomas elementales de un estado precario intelectual, susceptibles de conocimiento y percepción directa para el común de los seres. Es claro que la estimación del origen, grado y naturaleza del padecimiento o tara, su repercusión en las potencias intelectivas y volitivas del interdicto, su carácter de congénita, constitucional o adquirida, la fuente de donde provenga, etc., no pueden ser materia de la prueba testifical, que no tiene ni puede tener carácter conceptual. (Casación, LI, número 1975, julio 18 de 1941)

707, 2ª

823, 2ª



TESTIGOS

— 207 —

La prueba testimonial no es de conceptos sino de hechos, y el juzgador forma su opinión no porque los testigos la pronuncien o se la entreguen formulada, sino porque él la deduce de las pruebas, las cuales, cuando se trata del dicho de testigos, establecen los hechos afirmados suficientemente por éstos. (Casación, LI, números 1971 y 1972, mayo 6 de 1941).....

263, 2ª

429, 2ª

TRASPORTE

— 209 —

Es obligación del transportador de personas la de conducir las y ponerlas salvas y sanas en el lugar de su destino (artículos 2072 y 2073 C. C. y 306, C. Co.), por lo cual pesan sobre él las llamadas obligaciones de seguridad, de las cuales sólo podrá eximirse probando la ausencia de culpa. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LI, Nos. 1971 y 1972, abril 23 de 1941)

TRIBUNALES DE LO CONTEN-
CIOSO-ADMINISTRATIVO

— 210 —

Ordenar la indemnización de los perjuicios, cualquiera que sea su cuantía y cuando así se solicite, causados con motivo de un acto injusto de la administración que se ha declarado nulo, está dentro de la atribución que tiene el Contencioso Administrativo de restablecer el derecho violado. Ese es el pensamiento que animó al legislador en la expedición de la ley 80 de 1935, artículo 4º. Así lo tiene resuelto la jurisprudencia administrativa. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LI, Nos. 1973 y 1974, marzo 28 de 1941).....

Páginas

cuando el Jurado afirma la responsabilidad del acusado, agregando no estar probada su identidad. En este caso no existe propiamente veredicto. El juez no puede dividir la respuesta, de modo de adoptar aisladamente la afirmación, desechando lo que la destruye, a pretexto de que la identidad del procesado es cuestión de derecho extraña a la misión del Jurado. El saber si un sujeto es o no el autor material del delito es cuestión de hecho y no deja de serlo porque el juicio se forme a través de las pruebas del proceso. Cuando el Jurado admite que tales pruebas demuestran la identidad del responsable, o que no la demuestran, y así lo manifiesta, no está calificando las pruebas según la ley, es decir, no está realizando un raciocinio jurídico a fin de aplicar principios convencionales a las pruebas para deducir consecuencias también convencionales. Está expresando su visión propia del hecho, o, como dicen los lógicos, el estado de certidumbre o de duda de la conciencia con relación a la existencia del hecho. (Casación, LI, números 1973 y 1974, julio 12 de 1941).....

Páginas

733, 1ª y 2ª y ss.

do las pruebas según la ley, es decir, no está realizando un raciocinio jurídico a fin de aplicar principios convencionales a las pruebas para deducir consecuencias también convencionales. Está expresando su visión propia del hecho, o, como dicen los lógicos, el estado de certidumbre o de duda de la conciencia con relación a la existencia del hecho. (Casación, LI, números 1973 y 1974, julio 12 de 1941)..... 672, 1ª y 2ª

V

VEREDICTO

— 211 —

Quando el Jurado agrega a su afirmación una circunstancia modificativa de la responsabilidad, como el factor riña, y no se determina de parte de quién estuvo la provocación, si de los acusados o del que murió, debe recurrirse a los elementos de prueba del proceso para saber lo que quiso decir el Jurado. Y cuando se trata de un punto dudoso, lo razonable es resolverlo a favor del acusado, de acuerdo con el principio: in dubio pro reo. (Casación, LI, número 1970, marzo 31 de 1941).....

VEREDICTO CONTRADICTORIO

— 212 —

Es contradictorio el veredicto

VEREDICTO CONTRADICTORIO

— 213 —

“Es contradictorio lo que envuelve a la vez afirmación y negación, que se oponen una a otra y que se destruyen mutuamente. Lo contradictorio de un veredicto está en la imposibilidad de conciliar sus propias voces en que unas afirman lo que otras niegan, no pudiendo ser a un mismo tiempo verdaderas ni falsas a un tiempo mismo, y no es ni puede ser la discrepancia u

89, 1ª

oposición de los términos en que se escribió, con alguna cuestión de hecho o cualesquiera opiniones de derecho, porque cuando un veredicto contradice abiertamente los

hechos y el derecho, hay apenas campo a la declaración de injusticia notoria". (Casación, LI, números 1971 y 1972, junio 19 de 1941)

Páginas

350, 2ª



CODIGO DE PROCEDIMIENTO
PENAL ACTUAL

Artículos Números

44 21
493 109
511 109
696 124
697 124
722 97, 112, 175

CODIGO JUDICIAL
DEROGADO

1027 64
1082 188
1512 44
261 64

CODIGO JUDICIAL ACTUAL

40 35
76 190
143 125
144 125
169 10
194 2
233 103
351 140
364 26
374 206
435 132
450 125
451 188
457 125, 188
482 8
494 196
520 28, 29, 163, 167, 172
600 20
632 169
652 62
660 174
661 174
662 174
663 174
664 174
665 174
666 174
716 57, 60
718 59
719 59
721 57, 58, 59
730 99, 100
745 206
862 20
982 62
1060 71

LEYES ESPECIALES

LEY DE 7 DE JUNIO DE 1856

Artículos Números

1º 75

LEY 106 DE 1873

877 22
879 22

LEY 292 DE 1875

16 120

LEY 57 DE 1887

33 31, 32
39 64
41 64
264 51, 128
265 128
266 128
287 16, 17, 52
304 107

LEY 153 DE 1887

20 202
23 202
25 79
28 79
39 22
41 158
44 159
45 112
86 79

LEY 95 DE 1890

1º 30
79 57
188 64
344 51

LEY 63 DE 1903

24 75

LEY 49 DE 1904

— 90

LEY 15 DE 1905

— 90

LEY 17 DE 1905

Artículos Números

— 90

LEY 40 DE 1907

15 64

LEY 53 DE 1909

1º 193

LEY 113 DE 1913

93 198

LEY 130 DE 1913

1º 111

LEY 38 DE 1918

— 74

LEY 52 DE 1920

1º 91

LEY 104 DE 1922

2º 184
24 44

LEY DE 8 DE FEBRERO DE
1922

— 48

LEY 45 DE 1923

— 55

LEY 46 DE 1923

13 48
26 101
27 48
34 48
37 48
55 48
63 48

LEY 78 DE 1923

— 175

LEY 108 DE 1928	
Artículos	Números
—	83
LEY 37 DE 1931	
8º	91
LEY 57 DE 1931	
55	156
LEY 77 DE 1931	
—	193
LEY 118 DE 1931	
—	175
LEY 28 DE 1932	
—	202
1º	202
2º	202
LEY 46 DE 1933	
3º	139
LEY 78 DE 1935	
—	89
LEY 80 DE 1935	
—	111

LEY 85 DE 1935	
Artículos	Números
4º	210
LEY 45 DE 1936	
2º	80
7º	80
28	79, 80
LEY 95 DE 1936	
3º	159
LEY 160 DE 1936	
5º	154
LEY 200 DE 1936	
3º	22
LEY 46 DE 1938	
2º	139
LEY 94 DE 1938	
5º	159
198	51
571	178
722	112
LEY 153 DE 1938	
—	144
LEY 167 DE 1938	
3º	139

LEY 264 DE 1938	
Artículos	Números
5º	98, 113
7º	72, 98
LEY 54 DE 1939	
—	50
1º	50
DECRETOS	
DECRETO LEGISLATIVO Nº 34 DE 1905	
—	90
DECRETO LEGISLATIVO Nº 46 DE 1905	
—	90
DECRETO Nº 553 DE 1932	
12	156
DECRETO Nº 1892 DE 1936	
—	89
DECRETO Nº 1377 DE 1940	
2º	49, 73, 98
CODIGO CIVIL FRANCES	
1351	80
CODIGO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	
78	193

INDICE ALFABETICO

— A —

	Págs.		Págs.
Acevedo Carlos Julio y Víctor Manuel. Causa por homicidio.....	88	Jaime Isaza Villa. Ordinario por pesos	572
Afanador G. Martín contra Isaías y Macedonio Rodríguez. Ordinario sobre cumplimiento de un contrato	536	Bárceñas Leonardo. Causa por homicidio	694
Ahumada v. de Blanco María contra el Departamento del Atlántico. Ejecutivo	882	Barragán José Agustín. Causa por homicidio	645
Alarcón Adán. Causa por homicidio	314	Barrera Luis María. Causa por homicidio	674
Alcázar Julio César. Causa por homicidio	859	Bohórquez Manuel José contra el Departamento de Boyacá. Ordinario para el pago de unos sueldos	731
Almazán Próspero contra la sociedad anónima "Minas de Colombia". Ordinario sobre posesión de una mina	175	Botero Juvenal contra el Departamento de Antioquia. Ordinario por perjuicios	723
Alvarez Bernardo contra Sara Vargas v. de Hernández, Julio Hernández Vargas y otros. Ordinario de reivindicación.....	165	Breziner Gedalje y Esther Retsztajn contra Hermógenes Alvarez. Ordinario sobre reivindicación...	771
Alvarez Anatolio y Régulo contra la Nación. Ordinario por perjuicios	397		
Angulo María Ignacia contra Víctor Manuel Rubio. Ordinario de reivindicación	775	— C —	
Arango C. Luis contra Santiago Vélez y Daniel Restrepo Escobar. Ordinario sobre reclamación de baldíos	813	Caballero v. de Gómez Mercedes contra Joaquín Gómez Munar. Ordinario sobre simulación de un contrato	807
Arango Manuel José y Luis Felipe. Recurso de hecho en el ordinario de Francisco González y Víctor Manuel Delgado contra Manuel José Arango	204	Cifuentes Joaquín y Ana Isabel Alvarez de Cifuentes contra el Municipio de Medellín. Ordinario por perjuicios	292

— B —

Ballén de Villamil Lucía y Luis Alfonso Villamil B. contra Roberto Morales y Daniel E. Peña. Ordinario sobre pago de perjuicios..	283
Banco Alemán Antioqueño. contra	

— D —

Decreto acusado número 1377 de 17 de julio de 1940.....	26
Decreto acusado número 1438 del 18 de julio de 1940, "por el cual	

	Págs.		Págs.
se reforma la ley 23 de 1931, orgánica del Consejo de la Economía Nacional y se dictan otras disposiciones"	21	Segura. Se abstiene la Corte de revisar el auto de sobreseimiento contra aquéllos por sus actuaciones como Jueces del Circuito de Ambalema	106
De la Hoz José de los Santos contra Gustavo Rosanía. Ordinario sobre reivindicación.	781	Garcés Emilio y Hermógenes y Angelita Guerra de Garcés contra Enriqueta Garcés de López. Ordinario sobre varias acciones.	222
Depto. de Cundinamarca contra Manuel García y Pablo Emilio Baquero. Tercería propuesta en el ejecutivo de García contra Baquero	894	García Segundo. Causa por homicidio	84
Douat Dorothy y Edna contra Ruth Santander. Juicio especial de venta de una finca hipotecada.	798	García Miguel o José J. Causa por abuso de confianza.	103
Duque Juana Francisca contra Mercedes, Ana María, Eva, Concepción, Medardo e Inés Duque Godoy. Ordinario sobre filiación natural	606	García Guillermo. Recurso de hecho en el ordinario de María Agueda Gelves contra Luis Felipe García	206
— E —			
• Empresa Eléctrica de Manizales contra Camilo Uribe, Abel Mejía y los herederos de Carlos E. Pinzón. Ordinario sobre resolución de un contrato de compraventa.	560	García Carlos Julio, Sinibaldo Laverde, Alejandro Duarte y José María González Obregón contra Antonio María Sánchez, Buena Ventura Calderón y Emilio Ramírez. Ordinario sobre nulidad de una sociedad.	828
— F —			
Forero Elvira contra Roberto Rodríguez Lleras y Waldina Lleras Rodríguez. Ordinario de reivindicación	554	Gil Justino. Causa por homicidio.	362
Forero Sánchez José María, María, Ana Rosa y Clementina y Martín Angel contra el Municipio de Bogotá. Ordinario por perjuicios.	547	Gómez Luis Ramón. Causa por asesinato.	679
Franco Roberto S. y otros contra Jesús Atehortúa. Ordinario por pesos	194	Gómez v. de Urrea María Rosa y otros contra el Departamento de Caldas. Ordinario por perjuicios.	424
Fuentes Octavio contra los herederos de Pablo Ruiz y Tránsito Quintero. Ordinario sobre ineficacia de unos títulos.	201	Góngora v. de Sánchez Rosa contra Fructuoso Villabón y Manuel Justino Zamora. Ordinario sobre simulación de un contrato	60
— G —			
Galindo Alejandro y Víctor Julio		González Abraham contra el Departamento de Antioquia. Ordinario para el pago de una suma de pesos.	110
		González José Domingo. Causa por homicidio.	309
		Grillo Emiliano contra Fernando Anzola y Sofía Toro de Anzola. Ordinario sobre nulidad de una sentencia.	582
		Guevara Luis. Causa por homicidio.	856
		Gutiérrez de Henríquez Candelaria contra el Departamento del Atlántico. Solicitud de pensión	116
		Gutiérrez Jaime. Propuesta sobre	

exploración y explotación de petróleos. Oposición a esa propuesta.	712
— H —	
Hanssen Guillermo. Sobreseimiento definitivo por cargos que le hizo el Representante al Congreso doctor José Agustín Noriega ...	317
Henríquez v. de Bénéitez Maximina contra The Santa Marta Railway Company, Limited. Ordinario por perjuicios.	831
Hernández Justiniano. Causa por heridas.	92
Hernández Carmen y Trinidad contra Hersilia Domínguez. Ordinario sobre rescisión por lesión enorme.	271
Herrera Crisanto y otro. Causa por homicidio.	645

— I —

Infante Carlos J. contra Roberto Tobón. Ordinario por pesos	491
---	-----

— J —

Jaime Lisandro contra la Nación. Solicitud de pensión.	127
Jaime Correa Pablo A. contra Irene Madero de Ayala. Ordinario por perjuicios.	523
Jaime Vera Tomás contra los sucesores y causahabientes de Policarpa Almeida de Bosh y de Pradilla y otros. Ordinario petitorio de dominio.	267
Jaramillo Gregorio contra el Departamento de Boyacá. Ordinario por pesos.	703
Jaramillo María Josefa v. de Londoño contra el Banco de Colombia, sucursal de Manizales. Ordinario sobre pago de una suma de pesos.	228
Jaramillo Sánchez Alberto. Causa por abuso de autoridad	842
Juzgado Departamental de Ejecu-	

ciones Fiscales de Cundinamarca contra The Colombian Petroleum Company. Ejecutivo.	401
Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales contra Miguel Canales Gómez. Ejecutivo.	714

— L —

La Nación contra Ernesto Navarro. Ejecutivo.	117
La Nación (Juzgado de Rentas Nacionales de Bogotá) contra Siemens Baunion, Limited. Philip Holtzmann, S. A. Ejecutivo	121
La Nación (Juzgado de Ejecuciones Fiscales de Bogotá) contra Juan de Dios Fernández. Ejecutivo.	393
La Nación (Juez de Rentas Nacionales de Medellín) contra la Frontino Gold Mines, Limited. Ejecutivo.	408
La Nación (Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá) contra Francisco Clement y otros. Ejecutivo.	422
La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional de Santa Rosa de Osos) contra Belisario Pérez. Ejecutivo.	709
La Nación contra los herederos de Tomás Fernández. Ejecutivo . . .	737
La Nación contra las herencias de Lucía Caycedo de Leiva y Uldarico Leiva. Ordinario sobre propiedad de unos baldíos	739
La Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá) contra la sociedad "Macía & Cía." y Benicio Ramírez. Ejecutivo . . .	885
La Nación (Sindicatura del Impuesto de Herencias, Asignaciones y Donaciones) contra los herederos de José Florentino García. Ejecutivo.	891
Ley acusada nº 94 de 1938, acusada como inconstitucional en su artículo 722. Se declara inexecutable ese artículo.	31

	Págs.		Págs.
Ley acusada N° 264 de 1938, en sus artículos 5° y 6°, sobre sociedades cooperativas para la elaboración de sal.	26	Muñoz, Ceferino y Santos. Causa por homicidio	345
Liscano Pedro. Causa por homicidio.	659	Muñoz Leal Antonio. Causa por homicidio-asesinato	353
López Sérvulo de J. contra Eduardo Canal González y José E. Alfonso. Ordinario sobre nulidad de un remate y otras acciones.	485	Murcia Pedro y Alejandrino Castro contra el Departamento de Boyacá. Ordinario sobre indemnización de perjuicios.	437
— M —			
Macías Miguel contra Gerardo Torres. Ordinario por perjuicios	583	Orrego Conrado o Conradino. Causa por homicidio	81
Martín Guillén de Manrique María. Ordinario de objeciones a la partición de los bienes en la causa mortuoria de Felipe G. Martín	837	Osorio Jorge Horacio contra Tomasa Calderón o Centeno. Ordinario sobre filiación natural	43
Martínez L. Jorge. Solicitud de requerimiento a la Nación para el cumplimiento de una sentencia de la Corte.	132	— P —	
Martínez R. Rafael contra la Nación. Ordinario para el pago de una suma de pesos.	137	Páez Vicente contra Arsenio Páez. Ordinario sobre resolución de un contrato	795
Martínez Guillermo. Sumario en averiguación de cargos que se le hicieron por haber intervenido en la política siendo Juez de Circuito.	343	Paredes Martiniano y Eduvigis Vásquez. Especial sobre partición material de una casa.	151
Martínez Luis Francisco contra Rafael María Valderrama, Filomena Camacho v. de Martínez, Ramón Antonio Martínez y Leopoldo Gómez. Ordinario sobre nulidad de un contrato de mutuo con hipoteca y otras acciones	503	Pareja Carlos H. contra la Nación. Ordinario sobre incumplimiento de un contrato	729
Meléndez Régulo contra la sucesión de José María Farfán. Ordinario sobre filiación natural	614	Parra Bertina contra Luis Alberto y Gustavo Pacheco, Flaminio Pacheco Niño y Dolores Parra de Pacheco. Ordinario sobre simulación de un contrato.	532
Melo Ch. Vidal contra Antonio María Rodríguez. Ordinario sobre nulidad de un pago.	788	Peña Roberto. Oposición a la propuesta sobre exploración y explotación de petróleos hecha por éste	720
Moreno Rafael A. contra la Compañía de Samacá. Ordinario por perjuicios	235	Peña Vargas Timoleón. Causa por homicidio	666
Mosquera Manuel María contra la Nación. Ordinario sobre entrega de una mina	688	Peralta Luis Eduardo contra la Nación. Ordinario para el pago de una suma de pesos.	138
Moya Bernal Ignacio. Causa por heridas	108	Prada de Reinoso Inés contra Leopoldo Reinoso y María del Carmen Gómez. Ordinario sobre nulidad de una compraventa y otras acciones	259
— R —			
		Ramírez Abel. Causa por homicidio	305

	Págs.		Págs.
Ramírez Sánchez Leonor contra el Banco Agrícola Hipotecario. Ordinario por pesos	594	po Elías Aguirre a la sentencia proferida en la causa por homicidio contra José Agustín Barragán y Crisanto Herrera	651
Recaudación de Impuestos de Registro y Anotación del Círculo de Bogotá contra The South American Gulf Oil Company. Ejecutivo	411	Salvamento de voto del mismo al auto de enjuiciamiento en la causa contra Alberto Jaramillo Sánchez, por abuso de autoridad	847
Restrepo Lázaro y otros contra Jorge Jaramillo. Ordinario sobre oposición a la posesión de una mina	214	Salvamento de voto del mismo en el mismo asunto, referente a la reposición solicitada por el defensor del enjuiciado	854
Reyes de Suárez María Josefa contra Rafaela Reyes de Reyes y otros. Acción de división de una finca raíz y otras acciones	241	Salvamento de voto del doctor Juan A. Donado a la sentencia proferida en el juicio de indemnización de perjuicios seguido por Primitiva Torres Gutiérrez y otras contra el Departamento de Boyacá	880
Richmond Petroleum Company of Colombia y otros. Oposición a una propuesta sobre exploración y explotación de petróleos hecha por Jaime Gutiérrez	368	Salvamento de voto del doctor Juan Francisco Mújica a la sentencia proferida en el ordinario de José Horacio Osorio contra Tomasa Calderón o Centeno	64
Rincón Marco Antonio y Praxedis Jiménez. Causa por doble asesinato	689	Salvamento de voto del Conjuez doctor Eduardo Rodríguez Piñeres a la sentencia en el ordinario de Leonor Ramírez Sánchez contra el Banco Agrícola Hipotecario, por pesos	599
Ríos Abraham. Causa por homicidio	661	Salvamento de voto del doctor Hernán Salamanca a la sentencia en el ordinario de José Horacio Osorio contra Tomasa Calderón o Centeno	76
Rodríguez Ildefonso y Severo Villamizar. Causa por homicidio	653	Salvamento de voto del mismo a la sentencia proferida en el juicio ordinario sobre filiación natural promovido por Régulo Meléndez contra José María Farfán o su sucesión	632
Rojas Eudisia contra el Municipio de Pereira. Ordinario sobre responsabilidad e indemnización de perjuicios	186	Salvamento de voto del doctor Arturo Tapias Pilonieta a la sentencia proferida en el juicio ordinario de José Horacio Osorio contra Tomasa Calderón o Centeno	59
Rojas Medina Alfonso contra Gustavo Camacho V. Ordinario de oposición a la posesión de una mina	540	Serrano José Trinidad. Ordinario de oposición a un deslinde propuesto por éste	511
Ropero Hueso Gregorio. Causa por homicidio	641	Suárez o Rodríguez María Antonia contra Isabel Sosa y María del	
— § —			
Salazar de Salazar Elisa contra el Banco de Bogotá. Ordinario de reivindicación	155		
Salcedo Luis, en representación de su pupilo interdicto Leocadio González, contra Heliodoro González, Pedro Sánchez Barriga y Santiago Rozo. Ordinario de nulidad de un contrato y otras acciones . . .	818		
Salvamento de voto del doctor Cam-			

	Págs.		Págs.
Carmen y Teresa Suárez Sosa. Ordinario de reivindicación.....	160	tancia en ese juicio.....	134
— T —			
Tobón Roberto contra Benjamín Tobón. Ordinario por pesos.....	278	Uribe B. Vicente contra José María Gutiérrez. Ordinario sobre repe- tición por pago de lo no debido y otras acciones	250
Tobón de Maya María Josefa, Ra- món, Juan de la Cruz, Fernando y Emiliana Maya T. y otros con- tra Pedro A. Osorio y otros.—Or- dinario sobre simulación de un contrato	207	— U —	
Torres Gutiérrez Primitiva y otras contra el Departamento de Boya- cá. Ordinario por perjuicios....		Valencia Manuel y Juan Ramón Be- nítez. Causa por doble asesinato	867
The Marine Midland Trust Company of New York contra el Departam- ento del Tolima. Ejecutivo....	415	Vásquez Silverio y Felicidad contra el Departamento de Caldas. Ordi- nario sobre indemnización de per- juicios	457
The Texas Petroleum Company contra la Nación. Oposición a una propuesta sobre exploración y ex- plotación de petróleos	706	Vélez Trujillo Luis Carlos contra la sociedad anónima Compañía de Samacá. Ordinario por perjuicios	495
The Western Andes Mining Com- pany Limited contra la Nación. Solicitud de caducidad de la ins-		Vera Jaime Tomás contra los su- cesores y causahabientes de Poli- carpa Almeida de Bosh y de Pra- dilla y otros. Ordinario petitorio de dominio	267

